

**ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

МОДЕРНИЗАЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА



**Сборник материалов к XV Ежегодным научным
чтениям памяти профессора С.Н. Братуся**



Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

МОДЕРНИЗАЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

*Сборник материалов к XV
Ежегодным научным чтениям, посвященным
памяти профессора С.Н. Братуся*

УДК 347
ББК 67.404
М74

*Издание подготовлено к XV Ежегодным научным чтениям,
посвященным памяти профессора С.Н. Братуся*

*Одобрено секцией «Частное право» ученого совета
Института законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации*

Редакционная коллегия:

В.М. Жуйков, О.В. Гутников, С.А. Сеницын, М.Л. Шелютто

Рецензенты:

Н.В. Козлова – профессор кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук;
Т.П. Лазарева – ведущий научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, арбитр Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, арбитр Арбитражного центра при РСПП, кандидат юридических наук

М74 **Модернизация гражданского законодательства** : сборник материалов к XV Ежегодным научным чтениям памяти профессора С.Н. Братуся / ред. кол. : В.М. Жуйков, О.В. Гутников, С.А. Сеницын, М.Л. Шелютто; Ин-т законодат. и сравнит. правоведения при Правительстве Российской Федерации. – Москва : Статут, 2020. – 266 с.

ISBN 978-5-8354-1690-5 (в пер.)

В предлагаемом читателю сборнике материалов содержатся статьи по актуальным проблемам модернизации гражданского права. Сборник охватывает проблематику субъектов гражданского права (граждан и юридических лиц), права собственности, обязательственного права, наследственного права, международного частного права.

Особое внимание уделено изменениям зарубежного законодательства в такой динамичной сфере гражданско-правового регулирования, как обязательственные отношения, включая электронную торговлю цифровым контентом, а также реформированию опеки и попечительства, связанному с пересмотром отношения к ментальным инвалидам и реализации ими правоспособности.

Многие предлагаемые авторами подходы являются дискуссионными, что обусловлено самой заявленной темой, которая изначально предполагает поиск новых идей, рожденных в научном споре.

Для научных работников, преподавателей, аспирантов, практикующих юристов, а также для всех, кто интересуется частным правом.

УДК 347
ББК 67.404

ISBN 978-5-8354-1690-5

© Институт законодательства
и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации, 2020
© Издательство «Статут», 2020

The Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation

THE MODERNIZATION OF CIVIL LEGISLATION

*The Collection of Materials
for the XV Annual Scientific Readings
in Memoriam of Professor S.N. Bratus*



*Publication is edited for XV Annual Scientific Conference
dedicated to the memory of Professor S.N. Bratus*

*Approved by section «Private Law» of the Academic Council
of the Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation*

Editorial Board:

V.M. Zhuykov, O.V. Gutnikov, S.A. Sinitsyn, M.L. Shelyutto

Reviewers:

N.V. Kozlova – professor of Civil Law Chamber, Law Faculty of Lomonosov Moscow State University, doctor of legal sciences;

T.P. Lazareva – leading research fellow, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, arbitrator, the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Arbitration Centre at the Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs, candidate of legal sciences

The Modernization of Civil Legislation : the Collection of Materials for the XV Annual Scientific Readings in Memoriam of Professor S.N. Bratus / Editorial Board : V.M. Zhuykov, O.V. Gutnikov, S.A. Sinitsyn, M.L. Shelyutto ; The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation. – M. : Statut, 2020. – 266 p.

ISBN 978-5-8354-1690-5

The collection of materials contains articles on the current aspects of modernization of civil law and covers issues related to natural persons and legal persons, property law, obligations, law of succession and private international law.

Particular attention is paid to changes in foreign legislation in such a dynamic sphere as law of obligations, as well as to the reforms of guardianship and curatorship caused by the revision of the attitude towards persons with mental disabilities and the realization of their legal capacity.

For academics, teachers, postgraduate students, legal practitioners and anyone interested in private law.

© The Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation, 2020
© Statut Publishing House, 2020

ISBN 978-5-8354-1690-5

СОДЕРЖАНИЕ

Введение.....	13
---------------	----

I. ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА

Галазова Залина Викторовна

Корпоративное управление в процедурах банкротства.....	19
--	----

Жарикова Марина Николаевна

Договор о передаче полномочий единоличного исполнительного органа управляющей организации: актуальные проблемы заключения и квалификации	26
--	----

Курьянович Андрей Борисович

О приносящей доход деятельности некоммерческих организаций	41
--	----

II. ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ

Скловский Константин Ильич

О добросовестности как реквизите приобретательной давности в судебной практике.....	49
---	----

Шелютто Марина Львовна

Об обращении взыскания на домашних животных, не используемых в предпринимательской деятельности	75
---	----

Голованова Наталья Александровна

Новый британский режим гражданской конфискации: приказы о необъяснимом богатстве	85
--	----

III. ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО

Мещанова Мария Валентиновна

Электронная торговля цифровым контентом: опыт наднационального регулирования и трансформация институтов договорного права	93
---	----

Гутников Олег Валентинович

Договоры с условиями *take or pay* или *ship or pay*:
гражданско-правовая природа и перспективы
их закрепления в законодательстве 104

Чваненко Дмитрий Анатольевич

Государственный контракт как особая модель
гражданско-правового договора..... 129

Беляева Ольга Александровна

«Договор закупки» – фантомы гражданско-правовых
обязательств 139

Белобабченко Марина Константиновна

Цифровизация банковских услуг 149

Вильданова Марина Михайловна

О модернизации законодательства в области энергетики..... 158

Символоков Олег Анатольевич,

Максименко Петр Николаевич

Регуляторные соглашения как правовой механизм развития
конкуренции в регулируемых отраслях экономики
(опыт электроэнергетики) 170

Османова Диана Османовна

Развитие концепции преимущественного права покупки
в процедуре банкротства и возможные пути
ее модернизации 179

Безбах Виталий Васильевич, Фролова Евгения Евгеньевна

Имплицитивные аспекты модернизации обязательственного
права в зарубежных правовых порядках 187

**IV. ОПЕКА И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВО.
СЕМЕЙНОЕ ПРАВО**

Заблоцкис Елена Юрьевна

Опека и попечительство над недееспособными и ограниченно
дееспособными – ожидания законодательных изменений 204

Кантор Павел Юрьевич

О защите прав и интересов лиц, в том числе не обладающих
полной дееспособностью, при оказании психиатрической
помощи 220

Белова Дина Александровна

Правовая охрана интересов ребенка, рожденного в результате
реализации программы сурrogатного материнства 239

V. НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО

Чагина Елизавета Михайловна

Наследование пакета акций двумя и более наследниками 249

VI. МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Поликова Мария Игоревна

Коллизионное регулирование трансграничной
несостоятельности 257

CONTENTS

Preface	13
----------------------	----

I. LEGAL ENTITIES

<i>Galazova Z.V.</i> Corporate governance in bankruptcy.....	19
--	----

<i>Zharikova M.N.</i> Agreement on transferring of chief executive officer's competence to the managing organization: relevant issues of conclusion and legal assessment	26
--	----

<i>Kur'yanovich A.B.</i> On incomeproducing <i>activities</i> of non-profit organizations	41
---	----

II. PROPERTY LAW

<i>Sklovsky K.II.</i> Good faith as a requisite of the acquisition statute of limitations in judicial practice	49
---	----

<i>Shelyutto M.L.</i> On the exemption from judgment enforcement for domestic animals not used in business	75
---	----

<i>Golovanova N.A.</i> The new british regime of civil recovery: unexplained wealth orders.....	85
--	----

III. LAW OF OBLIGATIONS

<i>Meshchanova M.V.</i> E-commerce of digital content: experience of supranational regulation and the transformation of contract law institutions.....	93
---	----

<i>Gutnikov O.V.</i> Take-or-pay contracts and ship-or-pay contracts: civil nature and prospects for their incorporation into legislation	104
<i>Chvanenko D.A.</i> State contract as a special model of a civil contract	129
<i>Belyaeva O.A.</i> “Procurement contract” – phantom of civil obligations	139
<i>Belobabchenko M.K.</i> Digitalization of banking services	149
<i>Vildanova M.M.</i> On the modernization of energy legislation	158
<i>Symvolokov O.A., Maximenko P.N.</i> Regulatory contracts as a legal mechanism for the development of competition in regulated sectors of the economy (experience in the electric power industry)	170
<i>Osmanova D.O.</i> Evolution of the concept of the right of first refusal in bankruptcy proceedings and possible ways of further development of this concept	179
<i>Bezbakh V.V., Frolova E.E.</i> Implicative aspects of modernization of law of obligations in foreign legal order	187

IV. LAW OF GUARDIANSHIP AND CURATORSHIP. FAMILY LAW

<i>Zablotskis E. Yu.</i> Guardianship and curatorship for incapacitated or partially incapacitated persons – expectations of legislative changes.....	204
<i>Kantor P. Yu.</i> On protection of rights and interests of persons under psychiatric care, particularly those with limited legal capacity	220

Belova D.A.

Legal protection of the interests of a child born through surrogacy 239

V. INHERITANCE LAW

Chagina E.M.

Inheritance of a block of shares by two of more heirs 249

VI. PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Polshkova M.I.

Conflict-of-law regulation of cross-border insolvency 257

ВВЕДЕНИЕ

На современном этапе развитие российского гражданского законодательства протекает не изолировано, а в условиях обновления основного закона страны – Конституции Российской Федерации, цифровизации экономики, изменения экономического уклада хозяйственной деятельности, социальных трансформаций в жизни общества, социализации частного права. Формируется новая реальность как объект правового регулирования, возрастает потребность учета межотраслевых связей правовых институтов, поправками Конституции Российской Федерации обусловлены новые направления совершенствования и актуализации гражданского законодательства.

С точки зрения внутреннего развития процесс модернизации гражданского законодательства в России идет уже много лет начиная с принятия Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О модернизации Гражданского кодекса Российской Федерации». Во исполнение этого Указа была разработана и 7 октября 2009 г. одобрена Президентом России Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации¹, на основании которой в последующем были подготовлены законы о внесении изменений в ГК РФ.

Реформа затронула большинство разделов ГК РФ, кроме отдельных видов обязательств (договоров), правовое регулирование которых изменилось в минимальной степени. Существенной переработке подверглись общие положения²; нормы о сделках и представительстве, об исковой давности³, объектах гражданских прав, включая ценные бумаги и нематериальные блага⁴, о залоге и перемене лиц в обязательстве⁵, субъектах гражданского права (особенно – о юри-

¹ См.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2009. 160 с.

² Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

³ Федеральный закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁴ Федеральный закон от 2 июля 2013 г. № 142-ФЗ «О внесении изменений в подраздел 3 раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁵ Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 367-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими

дических лицах¹); общие положения об обязательствах и договорах². Были существенно обновлены международное частное право³ и право интеллектуальной собственности⁴.

Изменения гражданского законодательства последних лет включают в себя множество новелл, позволяющих сделать отечественный правопорядок более современным и конкурентоспособным. Так, в сфере договорного права появились такие конструкции, как корпоративный договор, соглашение о порядке ведения переговоров, рамочный договор, опцион на заключение договора, заверения и гарантии, абонентский договор и др. В особенной части ГК РФ появились новые договоры номинального счета и счета эскроу, существенно обновлены нормы о финансовых сделках и банковских счетах⁵. Реформа наследственного права привела к появлению таких новелл, как совместное завещание супругов, наследственный договор⁶ и наследственные фонды⁷.

Еще не завершенными остались замыслы о реформировании ГК РФ в части включения в него развернутой системы ограниченных вещных прав, соседского права, модернизации отдельных видов договоров.

В последнее время мир столкнулся с новыми вызовами, связанными с распространением новой коронавирусной инфекции, что заставило законодателя и правоприменителей обратиться к решению наиболее

силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации».

¹ Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации».

² Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации».

³ Федеральный закон от 30 сентября 2013 г. № 260-ФЗ «О внесении изменений в часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁴ Федеральный закон от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

⁵ Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 379-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»; Федеральный закон от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

⁶ Федеральный закон от 19 июля 2018 г. № 217-ФЗ «О внесении изменений в статью 256 части первой и часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁷ Федеральный закон от 29 июля 2017 г. № 259-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации».

остро стоящих практических проблем. Интенсивное развитие получило так называемое ситуативное право во всех отраслях законодательства. В частном праве соответствующее регулирование коснулось корпоративных отношений (в части приостановления действия некоторых запретов и ограничений, изменения сроков проведения годовых общих собраний, создания правовых условий для дистанционной работы, в том числе расширения возможностей проведения общего собрания в заочной форме¹), государственных закупок², арендных отношений (в части предоставления арендатором возможности одностороннего расторжения договоров аренды, рассрочки внесения арендных платежей, уменьшения арендной платы³), кредитно-расчетных отношений (в части предоставления отсрочки или отсрочки возврата полученных кредитов, приостановления начисления штрафных санкций, особенностей изменения кредитных договоров⁴), отношений банкротства (в части введения моратория на подачу заявления о банкротстве предприятий, работающих в наиболее пострадавших от эпидемии отраслях экономики⁵), отношений в сфере туристических и транспортных услуг (в части возможности изменения или отказа от договора, обязанности туроператоров возвращать туристам денежные средства за несостоявшуюся туристическую поездку⁶). Особую актуальность приобрели

¹ Федеральный закон от 7 апреля 2020 г. № 115-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части унификации содержания годовых отчетов государственных корпораций (компаний), публично-правовых компаний, а также в части установления особенностей регулирования корпоративных отношений в 2020 году и о приостановлении действия положений отдельных законодательных актов Российской Федерации».

² Федеральный закон от 24 апреля 2020 г. № 124-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам обеспечения устойчивого развития экономики в условиях ухудшения ситуации с распространением новой коронавирусной инфекции».

³ Статья 19 Федерального закона от 1 апреля 2020 г. № 98-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций».

⁴ Федеральный закон от 3 апреля 2020 г. № 106-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части особенностей изменения условий кредитного договора, договора займа».

⁵ Статья 5 Федерального закона от 1 апреля 2020 г. № 98-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций».

⁶ Федеральный закон от 8 июня 2020 г. № 166-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях принятия неотложных мер,

вопросы, связанные с прекращением или изменением обязательств в связи с невозможностью их исполнения в первоначальном виде, а также применением положений об освобождении от ответственности за неисполнение обязательств ввиду наступления обстоятельств непреодолимой силы (форс-мажор), что получило отражение в ряде разъяснений Верховного Суда Российской Федерации¹.

Наиболее мощное развитие получили процессы цифровизации, в связи с чем можно прогнозировать дальнейшее совершенствование правовых норм, обеспечивающих электронное взаимодействие участников гражданского оборота (особенно в сфере корпоративных отношений и совершения гражданско-правовых сделок).

Помимо новелл, обусловленных «ситуативным правом», продолжается и процесс модернизации гражданского законодательства, который планировался Указом Президента РФ «О модернизации гражданского кодекса Российской Федерации», а также иными законодательными инициативами, продиктованными необходимостью устранения имеющихся недостатков.

В частности, объявлено о продолжении работы над десятым блоком поправок в ГК РФ, касающихся масштабной реформы вещного права и соседских прав², на очереди — реформы особенной части договорного права, законодательства о банкротстве и о контрактной системе в сфере закупок.

Научная цивилистическая школа Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации на протяжении многих лет занималась проблематикой развития гражданского права как основной отрасли частного права и предлагала свое видение вектора развития гражданского законодательства. В частности, целостная система взглядов на архитектуру гражданского права

направленных на обеспечение устойчивого развития экономики и предотвращение последствий распространения новой коронавирусной инфекции».

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 11 июня 2020 г. № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств»; Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID 19) № 1 (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 21 апреля 2020 г.); Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID 19) № 2 (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 30 апреля 2020 г.).

² См. об этом: <https://legal.report/v-gk-propishut-granicy-terpenija-domovladelcev/>

была изложена в фундаментальном труде Сергея Никитича Братуся «Предмет и система советского гражданского права»¹. Значительный вклад в развитие и модернизацию гражданского права России внесли и другие выдающиеся ученые Института – Александр Львович Маковский² и Олег Николаевич Садиков³. Современное отечественное договорное право нельзя представить и без имени Михаила Исааковича Брагинского⁴. Многие идеи этих ученых по развитию гражданского законодательства продолжают оставаться актуальными по сей день.

В последние годы Институт ведет разработку научных концепций развития законодательства, среди которых были предложены авторские концепции развития гражданского законодательства⁵, корпоративного законодательства⁶, законодательства об интеллектуальных правах⁷, семейного законодательства⁸.

В предлагаемом читателю сборнике материалов в продолжение традиций цивилистической школы Института содержатся статьи по современным проблемам модернизации гражданского права. Сборник

¹ Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. 197 с.

² Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). М., 2010. 736 с.

³ Садиков О.Н. Концепция развития гражданского законодательства // Концепции развития российского законодательства / Отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров; Ин-т законодат. и сравнит. правоведения при Правительстве Российской Федерации. М., 2010. С. 225–240.

⁴ Брагинский М.А., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. 682 с.; Книга вторая: Договоры о передаче имущества. М., 2000. 800 с.; Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2002. 1038 с.; Книга четвертая: Договоры о перевозке, буксировке, транспортной экспедиции и иных услугах в сфере транспорта. М., 2003. 910 с.; Книга пятая: В 2 т. Т. 1: Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований. М., 2006. 736 с.; Т. 2: Договоры о банковском вкладе, банковском счете; банковские расчеты. Конкурс, договоры об играх и пари. М., 2006. 623 с.

⁵ Синицын С.А. Развитие гражданского законодательства // Научные концепции развития российского законодательства: монография / Отв. ред. Т.Я. Хабриева, М.Ю. Тихомиров. М., 2015. С. 105–120.

⁶ Гутников О.В. Развитие корпоративного законодательства // Научные концепции развития российского законодательства: монография / Отв. ред. Т.Я. Хабриева, М.Ю. Тихомиров. М., 2015. С. 451–463.

⁷ Трахтенгерц Л.А., Смирнова В.М. Развитие законодательства об интеллектуальных правах // Научные концепции развития российского законодательства: монография / Отв. ред. Т.Я. Хабриева, М.Ю. Тихомиров. – М., 2015. С. 437–450.

⁸ Шелютто М.Л. Развитие семейного законодательства // Научные концепции развития российского законодательства: монография / Отв. ред. Т.Я. Хабриева, М.Ю. Тихомиров. С. 246–258.

охватывает проблематику субъектов гражданского права (граждан и юридических лиц), права собственности, обязательственного права, наследственного права, международного частного права. Особое внимание уделено изменениям зарубежного законодательства в такой динамичной сфере гражданско-правового регулирования, как обязательственные отношения, а также реформированию опеки и попечительства, связанному с концептуальным пересмотром отношения к ментальным инвалидам и реализации ими правоспособности.

Многие предлагаемые авторами подходы являются дискуссионными, что обусловлено самой заявленной темой, которая изначально предполагает поиск новых идей, рожденных в научном споре.

Редколлегия

І. ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА

*Галазова Залина Викторовна,
доцент кафедры гражданского права и процесса
ФГБОУ ВО «Северо-Осетинский государственный университет
имени К.Л. Хетагурова», кандидат юридических наук*

Корпоративное управление в процедурах банкротства

Теоретические и практические вопросы содержания и функций корпоративного управления освещены в правовых исследованиях с различных сторон¹. В настоящей статье рассматриваются вопросы корпоративного управления при проведении процедур банкротства акционерных обществ и возможностей действующих институтов контроля в достижении целей, стоящих перед законодательством о банкротстве.

Качество корпоративного управления оказывает значительное влияние на инвестиционную привлекательность, финансовые показатели организации и вероятность банкротства в период ее нормального функционирования, а также на защиту прав кредиторов и участников на стадии проведения банкротства.

Традиционно в доктрине и судебной практике считается, что на стадии признания должника несостоятельным корпоративное законодательство замещается банкротным².

Банкротство организации не прекращает ее деятельность, что означает функционирование органов управления, сохранивших свои полномочия, в той степени, в которой они не ограничены Федеральным законом от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве). Сохранение полномочий органов управления означает обязательность соблюдения корпоративных процедур при принятии решений.

¹ См., например: Юридические лица в российском гражданском праве: монография в 3 т. / Отв. ред. А.В. Габов. М., 2015.

² См.: Степанов Д.И. Интересы юридического лица и его участников // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 1. С. 29—83.

Для арбитражных управляющих корпоративное управление имеет значение в двух аспектах. Во-первых, анализ соблюдения органами управления юридического лица требований корпоративного управления в предбанкротный период, когда организация вошла в стадию финансовой неустойчивости. В этот период действия управленцев и собственников имущества, совершенные в обход требованиям корпоративного законодательства – об одобрении сделок и корпоративных процедур по подготовке, проведению и удостоверению общих собраний акционеров и др., могут быть оспорены арбитражным управляющим, может быть инициирован вопрос о привлечении к ответственности контролирующих лиц. Выявление признаков преднамеренного и фиктивного банкротства, анализ результатов финансовой, хозяйственной и инвестиционной деятельности акционерного общества – должника являются прямой обязанностью арбитражного управляющего (ст. 20.2 Закона о банкротстве).

Во-вторых, необходимость соблюдения требований корпоративного управления на всех стадиях банкротства не отменяется, а ответственность за их неисполнение также лежит на арбитражном управляющем. Данным вопросам отводится вторичная роль, ввиду чего они часто остаются за рамками внимания арбитражных управляющих.

Выступая гарантом защиты прав кредиторов и должника, арбитражный управляющий обязан обеспечить соблюдение требований корпоративного законодательства на всех этапах банкротства.

Корпоративное управление является инструментом для определения целей общества и средств достижения этих целей, а также обеспечения эффективного контроля за деятельностью общества со стороны акционеров и других заинтересованных сторон¹.

Целью банкротства является полное погашение требований кредиторов. Как отмечает О.В. Гутников, на стадии ликвидации или банкротства в условиях недостаточности имущества корпоративное управление осуществляется в первую очередь в интересах кредиторов, поэтому управляющие обязаны действовать добросовестно и разумно, руководствуясь в том числе интересами кредиторов, и нарушение этой обязанности должно влечь прямую корпоративную ответственность в виде возмещения причиненных убытков².

¹ См.: Кодекс корпоративного управления, утвержденный распоряжением ФКЦБ России от 4 апреля 2002 г. № 421/р // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Гутников О.В. Корпоративная ответственность в гражданском праве: монография. М.: ИЗИСП, 2019. С. 329.

В банкротстве парадигма корпоративного управления «перелицовывается с проакционерской на прокредиторскую»¹.

В институте банкротства не принято говорить об интересах акционеров. Между тем в ситуации, когда требования кредиторов должника удовлетворены, его участники вправе решать вопрос о целесообразности дальнейшего существования юридического лица². Поэтому акционеры могут быть заинтересованы в максимально эффективном проведении банкротства с целью возможного сохранения деятельности организации.

Интересно, что в литературе понятие корпоративного управления не связывается с представлением о банкротстве, и исследований, посвященных этим институтам во взаимосвязи, нет. Вероятно, это объясняется устоявшимся мнением, в том числе сформированным судебной-арбитражной практикой, что достижение цели банкротства регулируется исключительно Законом о банкротстве³, а корпоративное управление ассоциируется исключительно с корпоративным законодательством, и эта рассогласованность рассматривается как аксиома. Корпоративное управление в банкротстве подменяется «административным», когда происходит смещение целей и интересов и соответственно порядок их достижения и реализации.

Тем не менее до момента ликвидации реализация функции по корпоративному управлению не исключается из жизнедеятельности организации (проведение годового общего собрания акционеров, раскрытие информации и проч.). Концептуальная направленность управления сводится к стоящим перед той или иной процедурой банкротства целям.

Таким образом, арбитражное управление и корпоративное управление должны отвечать принципу единой целевой совместимости, подчиненной целям конкретной процедуры и цели банкротства в целом.

В процедуре наблюдения целями управления являются обеспечение сохранности имущества и анализ финансового состояния акционерного общества. Финансовое оздоровление ставит целью восстановление платежеспособности организации. Аналогичную цель преследует и внешнее управление, однако характеризуется оно передачей полно-

¹ См.: Горбашев И.В. О некоторых материально-правовых аспектах привлечения к субсидиарной ответственности в разъяснениях ВС РФ // Вестник гражданского права. 2018. № 4. С. 155.

² См. постановление Президиума ВАС РФ от 18 февраля 2014 г. № 8457/13 по делу № А45-22511/2011.

³ См. там же.

мочий по управлению организацией внешнему управляющему. И лишь конкурсное производство направлено на справедливое удовлетворение требований кредиторов, интересы корпорации как самостоятельного субъекта права нивелируются.

Представляется, что законодательство о банкротстве носит реабилитационный характер не менее, чем прокредиторский. Однако, как показывает практика, реабилитационные меры редко эффективны, что связано с особенностями российской экономики, уровнем правосознания и низкой корпоративной культурой управления.

Корпоративное управление в банкротстве тесным образом связано с конкретной процедурой, применяемой в деле о банкротстве, и особенностями содержания полномочий органов управления должника. Процесс реализации корпоративно-управленческих правомочий ограничен законом, а также усмотрением арбитражного управляющего либо полностью передан в руки последнего. Эти ограничения носят обеспечительный характер и, безусловно, чужды корпоративному законодательству.

Схематично полномочия органов управления должника могут быть представлены следующим образом (см. табл. 1).

Таблица 1¹

Ограничения полномочий органов управления в период банкротства

Виды полномочий	Общее собрание акционеров	Совет директоров	Исполнительные органы
Наблюдение	Не прекращаются, но ограничены	Не прекращаются, но ограничены	Не прекращаются, но ограничены
Финансовое оздоровление	Не прекращаются, но ограничены	Не прекращаются, но ограничены	Не прекращаются, но ограничены
Внешнее управление	Прекращены (остаётся исключительное право решения отдельных вопросов)	Прекращены (остаётся исключительное право решения отдельных вопросов)	Прекращены (остаётся исключительное право решения отдельных вопросов)
Конкурсное производство	Прекращены (остаётся исключительное право решения отдельных вопросов)	Прекращены (остаётся исключительное право решения отдельных вопросов)	Прекращены (остаётся исключительное право решения отдельных вопросов)

¹ Составлена автором.

Окончание табл. 1

Мировое соглашение	В зависимости от процедуры, в ходе которой оно заключается	В зависимости от процедуры, в ходе которой оно заключается	В зависимости от процедуры, в ходе которой оно заключается
--------------------	--	--	--

Арбитражный управляющий, защищая интересы частные и публичные (должника, кредитора, общества), своими добросовестными и разумными действиями контролирует систему корпоративного управления должника.

При этом существует правовое поле обычной хозяйственной деятельности акционерного общества и правовое поле дела о банкротстве. Статус лиц, принимающих участие в управленческих решениях в период банкротства, в каждом поле самостоятелен. Ограничивая правоспособность органов управления, акционеры реализуют свои права в деле о банкротстве через своего представителя.

Закон о банкротстве не рассматривает отдельных акционеров общества-должника ни в качестве лиц, участвующих в деле о банкротстве, ни в качестве лиц, участвующих в арбитражном процессе по этому делу.

С момента введения процедуры банкротства права учредителей (участников – акционеров) должника реализуются через представителя, который обладает правами лица, участвующего в деле о банкротстве. Представителем учредителей (участников) должника является председатель совета директоров (наблюдательного совета) или иного аналогичного коллегиального органа управления должника либо лицо, избранное советом директоров (наблюдательным советом) или иным аналогичным коллегиальным органом управления должника, либо лицо, избранное учредителями (участниками) должника для представления их законных интересов при проведении процедур, применяемых в деле о банкротстве (абз. 19 ст. 2 Закона о банкротстве). Таким образом, в деле о банкротстве вправе участвовать представитель учредителей (акционеров) должника. Отдельные акционеры общества-должника, а также отдельная группа акционеров не являются лицами, участвующими в деле о банкротстве и в арбитражном процессе по делу о банкротстве. Такой позиции придерживался Высший Арбитражный Суд РФ¹.

Указанная практика изменена определением Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 14 июня 2016 г.

¹ См. определение ВАС РФ от 7 августа 2008 г. № 9762/08.

по делу № 304-ЭС15-20105. По мнению Верховного Суда РФ, в ситуации корпоративного конфликта отказ в предоставлении участникам общества, обладающим равными долями, права на участие в деле о банкротстве препятствует реализации права на судебную защиту, в том числе и последовательное отстаивание своей правовой позиции против возможного необоснованного включения в реестр требования кредитора. Данная практика расширяет круг лиц, способных влиять на принятие решений в деле о банкротстве, что в отдельных случаях является достаточно обоснованным.

Для достижения цели обеспечения сохранности имущества в период банкротства хороши все средства, а насколько они законны и обоснованны, вполне удачно может решать суд.

Еще одним инструментом в эффективном управлении и предотвращении нарушений прав кредиторов и акционеров является реестродержатель – профессиональный участник рынка ценных бумаг, отвечающий за правильность ведения реестра акционеров (в случаях, предусмотренных Законом о банкротстве).

Принятый на данный момент в первом чтении законопроект № 598603-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»¹, являющийся инициативой Верховного Суда РФ, предлагает изменить существующий порядок ведения реестра кредиторов, предусмотренный ст. 16 Закона о банкротстве, исключив указание на реестродержателя – профессионального участника рынка ценных бумаг.

Данный подход не учитывает рисков, связанных с тем, что не всегда арбитражные управляющие являются абсолютно независимыми лицами, способными в своей деятельности добросовестно соблюдать баланс интересов кредиторов. Указанная миссия довольно успешно выполняется независимым профессиональным реестродержателем, особенно в ситуации, когда в стадию банкротства вступает акционерное общество с большим количеством кредиторов. На сегодняшний день институт арбитражных управляющих не достиг уровня должного доверия, что подтверждает статистика рассмотрения Росреестром жалоб². Случаи привлечения арбитражного управляющего к административной ответ-

¹ <https://sozd.duma.gov.ru/bill/598603-7>

² См.: Обобщение практики реализации Росреестром функций по контролю (надзору) за деятельностью саморегулируемых организаций арбитражных управляющих и надзору за деятельностью саморегулируемых организаций оценщиков по результатам проведенных в 2016 году проверок их деятельности (направлено руководителям территориальных органов Росреестра письмом Росреестра от 30 марта 2017 г.

ственности за нарушение порядка ведения реестра кредиторов не являются единичными¹. Отсутствие возможности обратиться (или даже обязательность обращения) к профессиональному реестродержателю для ведения реестра не может сказаться положительно на функционировании данных правоотношений.

Наличие в деле о банкротстве независимого «надарбитражного» лица успешно существует в правовых порядках зарубежных стран. В США действуют федеральные арбитражные управляющие, являющиеся должностными лицами Министерства юстиции, наделенные рядом полномочий в деле о банкротстве, в том числе по утверждению официальных комитетов необеспеченных кредиторов и акционеров, по проверке реестров активов и обязательств должника и иных данных, а также ответственностью за защиту от злоупотреблений и использований процедур банкротства в недобросовестных целях².

Прокредиторское правовое регулирование банкротства в России должно иметь адекватные инструменты как борьбы с возможным недобросовестным препятствием со стороны должника и арбитражного управляющего к включению в реестр требований кредитора, так и действительной борьбы с лжекредиторами. Тем самым в системе банкротного управления должен работать механизм справедливого распределения полномочий лиц, наделенных управленческими и контрольными функциями, а также необходима результативная система компенсационного восстановления прав.

Таким образом, корпоративное управление в процедурах банкротства можно определить как контролируемое, направленное на обеспечение сохранности имущества должника, справедливое и соразмерное удовлетворение требований кредиторов при соблюдении прав должника, акционеров и общества.

Акционерное общество на стадии банкротства имеет трехуровневое управление: контролируемое корпоративное управление, арбитражное управление, кредиторское управление через собрание кредиторов.

№ 07-03894-НС17 // <https://rosreestr.ru/upload/iblock/76d/76df834a9004aec29a4dbe72075bc7d5.PDF> (дата обращения: 28.11.2019).

¹ См. определение Верховного Суда РФ от 9 января 2018 г. № 307-АД17-19863 по делу № А13-5560/2017; постановление Верховного Суда РФ от 14 апреля 2015 г. по делу № 310-АД14-1101, А68-6516/2013.

² См.: *Королев В.В., Чупрова А.Ю.* Особенности законодательства о банкротстве США и Великобритании: сравнительно-правовой аспект // Бизнес в законе. 2007. № 1. С. 46.

*Жарикова Марина Николаевна,
аспирант кафедры коммерческого права
и основ правоведения МГУ имени М.В. Ломоносова*

Договор о передаче полномочий единоличного исполнительного органа управляющей организации: актуальные проблемы заключения и квалификации

Договор о передаче полномочий единоличного исполнительного органа управляющей организации (далее — договор о передаче полномочий) на сегодняшний день является распространенным инструментом, позволяющим организовать осуществление полномочий, входящих в компетенцию единоличного исполнительного органа, в максимальном соответствии с потребностями субъектов. Конструкция такого договора нашла свое легальное закрепление в ст. 42 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее — Закон об обществах с ограниченной ответственностью), а также в абз. 3 п. 1 ст. 69 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об акционерных обществах).

Для возникновения правоотношения из такого договора необходимо наличие целого юридического состава¹, некоторые элементы которого тесно связаны с внутрикорпоративными процедурами. На наш взгляд, юридические факты, входящие в такой юридический состав, могут быть подразделены на уровни.

К первому уровню можно отнести юридические факты, связанные с созданием правоспособного юридического лица (проведение общего собрания учредителей и оформление протокола, заключение договора о создании, подача пакета документов в налоговые органы, государственная регистрация создания общества и проч.).

На данном уровне спорным представляется вопрос о возможности передачи полномочий единоличного исполнительного органа при создании общества путем включения в протокол общего собрания учредителей (решение единственного учредителя), а также в заявле-

¹ См.: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 67.

ние о государственной регистрации юридического лица при создании (форма № Р11001)¹ сведений о том, что полномочия единоличного исполнительного органа будет осуществлять управляющая организация. Проанализируем, какие доводы могут свидетельствовать о возможности или невозможности передачи полномочий на стадии подготовки к регистрации общества.

Во-первых, действующее законодательство прямо не ограничивает право общества указать, что управляющая организация будет осуществлять полномочия единоличного исполнительного органа при регистрации общества. В сочетании с общедозволительным типом правового регулирования в гражданском праве² отсутствие прямого запрета может толковаться как разрешение на совершение подобных действий.

Во-вторых, несмотря на то что до момента регистрации неправоспособное общество не может вступить в правоотношения с управляющей организацией и заключить договор с ней, в протоколе о создании общества учредители вправе уполномочить одного из учредителей подписать договор с управляющей организацией, которая сможет приступить к осуществлению своих функций уже после регистрации общества.

В-третьих, Закон об обществах с ограниченной ответственностью относит решение вопроса о передаче полномочий к компетенции совета директоров (п. 2.1 ст. 32) или общего собрания участников, если совет директоров в обществе не сформирован (подп. 4 п. 1 ст. 33). В соответствии с абз. 3 п. 1 ст. 69 Закона об акционерных обществах передача полномочий осуществляется по решению общего собрания акционеров и исключительно по предложению совета директоров. До момента регистрации общества в нем отсутствуют указанные органы. Однако в соответствии со ст. 9 Закона об акционерных обществах и ст. 11 Закона об обществах с ограниченной ответственностью при учреждении общества полномочиями по формированию его органов обладают учредители, которые своим единогласным решением избирают или назначают единоличный исполнительный орган, совет директоров, ревизионную комиссию и проч. Это означает, что учредители общества вправе сформировать единоличный исполнительный орган

¹ Приказ ФНС России от 25 января 2012 г. № ММВ-7-6/25@ «Об утверждении форм и требований к оформлению документов, представляемых в регистрирующий орган при государственной регистрации юридических лиц, индивидуальных предпринимателей и крестьянских (фермерских) хозяйств».

² Подробнее о гражданско-правовом методе регулирования общественных отношений см.: *Яковлев В.Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд., доп. М.: Статут, 2006. 240 с.

путем передачи его полномочий управляющей организации на стадии создания самого общества.

В-четвертых, с точки зрения технических аспектов заполнения и подачи заявления по форме № Р11001 отметим следующее. В форме заявления содержатся лист Ж и лист З, в которых указываются сведения об управляющей компании и управляющем соответственно. Согласно п. 2.14 Требований к оформлению Заявления о государственной регистрации юридического лица при создании¹ лист Ж «Сведения об управляющей организации» заполняется в случае, если полномочия единоличного исполнительного органа создаваемого юридического лица будет осуществлять управляющая организация. Это означает, что существует техническая возможность регистрации общества с действующей в качестве единоличного исполнительного органа управляющей организацией. Более того, требования к оформлению заявления прямо указывают на то, что лист Ж *должен* быть заполнен в случае передачи полномочий.

В практике налоговых и судебных органов отсутствует единообразие применительно к рассматриваемой проблеме.

Например, в 2018 г. налоговой инспекцией было принято решение об отказе в государственной регистрации ООО «Д.» ввиду того, что заключение договора с управляющей организацией (управляющим) по передаче полномочий единоличного исполнительного органа управляющей организации представляется возможным при условии внесения в ЕГРЮЛ соответствующих сведений о создании юридического лица и назначении генерального директора (в соответствии с представленным уставом). Не согласившись с отказом налогового органа, заявитель обратился в суд с тем, чтобы оспорить такой отказ. Суды отказали в удовлетворении заявленных требований, поскольку общество тем не менее уже было зарегистрировано на основании повторного заявления. В связи с этим суд посчитал, что удовлетворение заявленных требований не привело бы к восстановлению *нарушенного права* заявителя². Это означает, что суд все же посчитал право заявителя нарушенным, хотя и удовлетворение требований не привело бы к его восстановлению.

Существует и противоположная практика. Например, заявитель, составляя протокол о создании общества, назвал единоличный испол-

¹ Приказ ФНС России от 25 января 2012 г. № ММВ-7-6/25@.

² Письмо ФНС России от 9 июля 2018 г. № ГД-4-14/13083 «О направлении Обзора судебной практики по спорам с участием регистрирующих органов № 2 (2018)» // СПС «КонсультантПлюс»; постановление Арбитражного суда Московского округа от 28 марта 2018 г. № Ф05-2910/2018 по делу № А40-120545/17.

нительный орган «Управляющим», имея в виду название должности. При этом заявитель не придавал «Управляющему» значение, указанное в ст. 42 Закона об обществах с ограниченной ответственностью. Налоговый орган вынес отказ в регистрации, обосновывая это тем, что в форме не был заполнен лист «Сведения об управляющем». Заявитель обжаловал отказ в судебном порядке, однако в удовлетворении исковых требований ему также было оказано. Суд сослался на то, что в соответствии с правилами¹ «Сведения об управляющем» заполняются в случае, если полномочия единоличного исполнительного органа создаваемого юридического лица будет осуществлять управляющий². Это означает, что налоговый орган и суд косвенно подтвердили рассматриваемую возможность передачи полномочий.

На наш взгляд, текущее состояние законодательства и практики его применения позволяет сделать вывод о возможности передачи полномочий единоличного исполнительного органа управляющей организации на стадии создания общества. Несмотря на отсутствие прямого указания на такую возможность в законе, а также на противоречивую практику налоговых и судебных органов, правовые препятствия к передаче полномочий на рассматриваемой стадии отсутствуют, а сама такая передача не ущемляет права и законные интересы учредителей и третьих лиц.

Таким образом, к первому уровню фактов, входящих в юридический состав, можно отнести наличие правоспособного юридического лица в случае, если участники общества посчитали необходимым передать полномочия уже в процессе деятельности общества. Однако это является необязательным, если учредители общества сочли необходимым передать полномочия при создании общества.

Ко второму уровню юридических фактов³ относятся факты, связанные с исполнением ряда корпоративных процедур в обществе, полномочия единоличного исполнительного органа в котором будут передаваться, и в самой управляющей организации, а также получение согласия со стороны компетентных органов. Речь идет о волеобразовании посредством принятия решений компетентными органами корпорации (п. 2.1 ст. 32, подп. 4 п. 1 ст. 33 Закона об обществах с ог-

¹ Приказ ФНС России от 25 января 2012 г. № ММВ-7-6/25@.

² Письмо ФНС России от 11 октября 2017 г. № ГД-4-14/20509@ «О направлении Обзора судебной практики по спорам с участием регистрирующих органов № 3 (2017)».

³ Указанный уровень является вторым в случае, если полномочия передаются после государственной регистрации юридического лица. В случае же передачи полномочий при создании такой уровень можно считать первым.

раниченной ответственностью; абз. 3 п. 1 ст. 69 Закона об акционерных обществах) с соблюдением положений об экстраординарности совершаемых сделок. Получение предварительного согласия антимонопольного органа на передачу полномочий управляющей организации может требоваться в случаях, установленных подп. 1 п. 1 ст. 28 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

К третьему уровню можно отнести юридические факты, связанные с заключением договора при наличии соблюденных корпоративных процедур, а также направленные на внесение соответствующей информации в ЕГРЮЛ. Указанная группа представлена в виде заключения договора о передаче, т.е. подписания составленного документа уполномоченными представителями сторон, а также в виде подачи в налоговые органы соответствующей формы для регистрации вносимых в Единый государственный реестр юридических лиц изменений.

Таким образом, принимая во внимание понятие юридического состава как совокупности юридических фактов, необходимой для наступления юридических последствий, предписанных нормой права¹, мы пришли к выводу, что для передачи полномочий единоличного исполнительного органа управляющей организации необходим юридический состав, состоящий из трех уровней юридических фактов. При этом передача полномочий может быть осуществлена как на стадии создания общества, так и после его регистрации.

На сегодняшний день в научной литературе отсутствует единый подход к правовой природе договора о передаче полномочий. Рассмотрим подробнее существующие взгляды на его природу.

Разновидностью договора *доверительного управления* предлагает считать договор о передаче полномочий З.Э. Боневоленская, которая при аргументировании своей позиции исходит из сопоставления признаков рассматриваемых договоров. Например, запрет доверительного управляющего самостоятельно распоряжаться недвижимым имуществом автор ассоциирует с особым режимом совершения крупных сделок. Связанность доверительного управляющего волей собственника автор находит в тех вопросах, которые относятся к исключительной компетенции органов общества. Также автор указывает, что и доверительный управляющий, и управляющая организация действуют в интересах собственника имущества и общества².

¹ См.: Красавчиков О.А. Указ. соч. С. 67.

² См.: Боневоленская З.Э. Доверительное управление имуществом в сфере предпринимательства. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2005. С. 166.

Однако аргументация автора носит фрагментарный характер и не учитывает особенностей правовой природы рассматриваемых договоров, между которыми существует непримиримое различие. В соответствии с п. 1 ст. 1012 ГК РФ по договору доверительного управления имуществом одна сторона (учредитель управления) передает другой стороне (доверительному управляющему) на определенный срок имущество в доверительное управление, а другая сторона обязуется осуществлять управление этим имуществом в интересах учредителя управления или указанного им лица (выгодоприобретателя). Ключевым в этом определении является то, что в управление передается именно имущество, в то время как хозяйственное общество является субъектом права, а не имуществом. В таком ключе аналогии автора, подчеркивающие какие-либо сходные черты договоров, никаким образом не доказывают возможность квалификации договора о передаче полномочий в качестве доверительного управления, поскольку коренные различия в предмете договоров не могут нивелироваться незначительными общими их чертами. Отметим, что понимание договора о передаче полномочий в качестве доверительного управления базируется на противоречивом положении о том, что управляющая организация действует как представитель общества¹.

Верными представляются замечания А.А. Серебряковой, которая указывает на то, что при доверительном управлении «доверитель обязан выдать поверенному доверенность на совершение юридических действий. Полномочия же управляющего основываются не на доверенности, а на указании Закона, поскольку единоличный исполнительный орган хозяйственного общества действует от имени общества без доверенности»². Учредитель управления передает доверительному управляющему все полномочия по распоряжению имуществом, тогда как управляющая компания не может обладать полнотой прав

¹ Подробнее о дискуссии относительно того, являются ли органы юридических лиц представителями, см.: *Байгушева Ю.В.* Сущность представительства // *Очерки по торговому праву*. Вып. 16. Ярославль, 2009. С. 29, 32–34; *Горбунов Е.Ю.* О природе исполнительного органа в контексте теорий юридического лица // *Вестник гражданского права*. 2013. № 2. С. 5–19; *Степанов Д.И.* Еще раз о природе полномочий исполнительного органа и управляющего хозяйственным обществом // *Вестник ВАС РФ*. 2006. № 9. С. 23; *Черпахин Б.Б.* Органы и представители юридического лица (напеч. по одноимен. публ.: *Ученые записки ВНИИСЗ*. М., 1968. Вып. 14) // *Труды по гражданскому праву*. М., 2001. С. 470, и проч.

² *Серебрякова А.А.* Отношения хозяйственных обществ с управляющей организацией (управляющим) в системе корпоративного управления // *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2007. № 7. С. 30.

по распоряжению имуществом вследствие как законодательных, так и уставных ограничений¹. В этом же ключе, по обоснованному замечанию Д.В. Ломакина, нельзя забывать о том, что доверительный управляющий не становится собственником имущества, переданного в доверительное управление², в то время как хозяйственное общество, являясь собственником имущества, в данном случае приобретает права и обязанности через деятельность управляющей организации, которая в правоотношениях с третьими лицами не является самостоятельным субъектом права.

Ввиду изложенных фактов договор о передаче полномочий нельзя рассматривать в качестве разновидности договора доверительного управления.

Доводы в пользу агентской природы договора высказывает Д.И. Степанов³, отмечая, что договор о передаче полномочий *наиболее близок* к агентскому, поскольку последний позволяет указывать общие полномочия агента, а не их конкретный перечень, а его предмет составляет совершение как юридических, так и фактических действий. Автор указывает, что «договор о передаче управляющему полномочий по управлению хозяйственным обществом не относится к самостоятельному типу (виду) договора, сложно даже говорить о том, что этот договор имеет устоявшееся наименование. С точки зрения догмы права это консенсуальный, взаимный (двусторонне обязывающий), смешанный (испытывающий преимущественно влияние агентского договора), возмездный договор на оказание юридико-фактических услуг»⁴.

Такая позиция позволяет решить ряд проблемных вопросов в квалификации договора. Во-первых, становится понятным, почему управляющая организация вправе осуществлять как юридические, так и фактические действия в процессе осуществления полномочий органа юридического лица. Также разрешается проблема необходимости выдачи доверенности управляющей организации, поскольку агенту последняя не требуется. Преимуществом данного подхода яв-

¹ Лебедев В.В. Договор между акционерным обществом и управляющей организацией — договор возмездного оказания услуг // Журнал российского права. 2008. № 10. С. 76.

² Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М., 2008. С. 299.

³ Степанов Д.И. Компания, управляющая хозяйственным обществом // Хозяйство и право. 2000. № 10. С. 64–69.

⁴ Там же. С. 65–70.

ляется и то, что элемент агентского договора в смешанном договоре передачи полномочий не исключает применение к нему положений о возмездном оказании услуг, что также отмечает автор.

Позиция Д.И. Степанова представляется верной в той части, в которой автор квалифицирует договор как смешанный, испытывающий на себе влияние договора агентирования. Однако, так как автор делает вывод о том, что договор о передаче полномочий испытывает *преимущественное влияние агентского договора*, неясным остается интенсивность и значимость такого влияния, его зависимость от конкретных условий договора о передаче полномочий.

Важно отметить, что договор передачи полномочий и агентирование вместе с тем имеют существенное различие. В силу п. 1 ст. 1005 ГК РФ по агентскому договору одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала. Как верно указывает И.С. Шиткина, взгляд на договор о передаче полномочий как на агентский базируется на позиции признания органа юридического лица его представителем¹. На наш взгляд, орган юридического лица не является его представителем, а является структурным подразделением, действующим в соответствии с законом и учредительным документом².

Как установлено абз. 5 п. 3 ст. 69 Закона об акционерных обществах, общество, полномочия единоличного исполнительного органа которого переданы управляющей организации или управляющему, приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через управляющую организацию. Это означает, что управляющая компания не является представителем управляемого общества, а как бы «замещает» единоличный исполнительный орган. Очень точно

¹ Корпоративное право: Учеб. курс в 2 т. / Отв. ред. И.С. Шиткина. М., 2017. Т. 1. С. 253.

² Дискуссия о правовом статусе органа юридического лица продолжается в науке на протяжении не одного десятилетия и до сих пор не находит своего разрешения. Подробнее об этом см.: *Могилевский С.Д.* Актуальные правовые вопросы образования и деятельности органов хозяйственных обществ // Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом: Сб. науч.-практ. ст. Междунар. науч.-практ. конф. М., 2014. С. 45–51; *Он же.* Органы юридического лица и их правовая природа: новая редакция 4 главы Гражданского кодекса // Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом: Сб. науч. ст. II Междунар. науч.-практ. конф. М., 2015. С. 12–18; *Ломакин Д.В.* Легализация представительской концепции органа юридического лица: необходимость или оплошность законодателя? // Там же. С. 25–28, и др.

по данному вопросу высказывается В.А. Белов, указывая, что нельзя считать управляющую компанию представителем юридического лица, поскольку в таком случае у общества есть представитель, но нет органа, и, по его словам, «такая организация расписывается в собственной недееспособности»¹. На наш взгляд, управляющая организация черпает свои полномочия из особого правового статуса органа, функции которого она осуществляет, в связи с чем классическая характеристика агента как представителя препятствует экстраполяции агентской модели на договор передачи полномочий. Таким образом, положения об агентировании могут быть применены к отношениям из договора о передаче полномочий ограниченительно.

Из вопроса о соотношении правовой природы агента и управляющей компании следует еще одна проблема. Неясно, становится управляющая организация органом юридического лица или «замещает» роль исполнительного органа. С.Д. Могилевский отмечает, что в данном случае складывается уникальная ситуация, когда управляющая организация не является органом юридического лица, а лишь выполняет его функции, реализуя полномочия, полученные от органа этого юридического лица², такая же позиция близка Е.А. Суханову³. Более того, С.Д. Могилевский указывает, что управляющая организация, реализуя полномочия единоличного исполнительного органа управляемой организации и действуя от ее имени, не является в этом случае самостоятельным субъектом гражданских правоотношений⁴. Мы склонны полностью согласиться с указанными авторами, поскольку передача полномочий не означает полного отождествления природы управляющей организации и исполнительного органа. Так, правовой статус единоличного исполнительного органа основан на императивных положениях закона, а также уставе общества. В свою очередь, управляющая организация наделяется соответствующими полномочиями в силу договора.

С точки зрения А.А. Серебряковой, управляющая компания временно «занимает место» единоличного исполнительного органа,

¹ Белов В.А. Оформление сделок хозяйственных обществ, совершаемых их управляющими (на примере доверенностей) // Законодательство. 2004. № 10. С. 24.

² Могилевский С.Д. Управляющая организация хозяйственного общества // Гражданин и право. 2003. № 5. С. 100.

³ Гражданское право: Учебник: в 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд. М., 2000. Т. II, полутом 2. С. 117.

⁴ Могилевский С.Д. Управляющая организация хозяйственного общества // Гражданин и право. 2003. № 5. С. 114.

классический вариант которого общее собрание на время устраняет¹. На наш взгляд, такая позиция является верной, поскольку, с одной стороны, общество не может функционировать без единоличного исполнительного органа, а с другой стороны, управляющая организация не может в полном смысле слова считаться органом юридического лица, так как является правосубъектной коммерческой корпорацией, которая от своего имени может участвовать в широком круге правоотношений и, как следствие, не становится полноценным органом, но лишь временно исполняет его функции. В этом смысле управляющая организация может выступать в гражданских правоотношениях двойственно: с одной стороны, как волеобразующий и волеизъявляющий орган юридического лица, его организационная часть, а с другой стороны, от своего имени, как самостоятельное юридическое лицо, могущее реализовывать свою правосубъектность допустимыми законом способами.

Сторонниками взгляда на договор о передаче полномочий как на договор возмездного оказания услуг являются П.В. Степанов, С.Д. Могилевский, А.В. Лебедев, А. Дягилев². В обоснование такой позиции указывается на совпадение предмета договоров, поскольку управляющая организация оказывает услуги по осуществлению полномочий единоличного исполнительного органа, на их возмездный характер, а также на то, что общество своей волей наделяет управляющую организацию определенным кругом полномочий.

Аргументацию в пользу рассматриваемой позиции можно выстроить следующим образом:

1) деятельность управляющей организации является услугой. В соответствии с п. 1 ст. 779 ГК РФ по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги. Такое определение позволяет «уложить» осуществление полномочий единоличного исполнительного органа в предмет возмездного оказания услуг. В таком ключе деятельность управляющей организации представляет собой особый вид услуг по осуществлению полномочий

¹ *Серебрякова А.А.* Указ. соч. С. 29.

² См.: *Степанов П.В.* Правовая квалификация отношений, возникающих между единоличным исполнительным органом и акционерным обществом // *Хозяйство и право.* 2002. № 12. С. 95; *Могилевский С.Д.* Органы управления хозяйственными обществами. М., 2001. С. 292; *Лебедев А.В.* Указ. соч. С. 75–79; *Дягилев А.* Директор передает полномочия // *Бизнес-адвокат.* 2003. № 19. С. 3.

органа, которые также можно назвать «услугами по корпоративному управлению»;

2) первостепенное значение для управляемой организации имеет сама деятельность управляющей организации по оказанию услуг, которая хотя и выражается в результатах и экономических показателях, сама по себе имеет нематериальный характер;

3) обе конструкции имеют возмездный характер, являются двусторонними, консенсуальными, синаллагматическими;

4) по общему правилу услуги должны быть оказаны лично по договору возмездного оказания услуг. Для договора о передаче полномочий осуществление полномочий также должно выполняться выбранной управляющей организацией самостоятельно.

Указанной квалификации придерживаются и отечественные суды, указывая на применимость гл. 39 ГК РФ к договорам о передаче полномочий¹.

Е.В. Тычинская полагает, что договор с управляющей организацией, с одной стороны, «по своему типу относится к договорам оказания услуг и входит в группу договоров, опосредующих предоставление юридических (юридико-фактических) услуг» и представляет собой *самостоятельный гражданско-правовой договор*, а с другой стороны, является смешанным интегрированным договором², сочетающим элементы договора поручения и возмездного оказания услуг. Как следствие, автор полагает необходимым закрепить положение об этом виде договора на уровне ГК РФ, установив для него специальный правовой режим исходя из особенностей его предмета³.

Не соглашаясь с отнесением договора с управляющей организацией к договору возмездного оказания услуг, Н.В. Козлова отмечает, что по договору возмездного оказания услуг оказываются услуги только фактического, но не юридического характера, в силу чего конструкция

¹ См., например, определения Верховного Суда РФ: от 9 января 2017 г. № 305-КГ16-12926 по делу № А40-113059/2015; от 1 февраля 2018 г. № 301-ЭС17-16245 по делу № А31-12051/2015; от 29 мая 2008 г. № 6911/08 по делу № А06-7788/2006-19; постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 15 марта 2017 г. № Ф08-363/2017 по делу № А63-8316/2014; постановление ФАС Московского округа от 1 марта 2010 г. № КА-А40/1251-10 по делу №А40-900/09-115-4 (СПС «КонсультантПлюс»).

² Данная классификация основана на исследовании, проведенном В.А. Ойгензихтом. Подробнее об этом см.: *Ойгензихт В.А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве: учеб. пособие*. Душанбе: Изд-во Тадж. ун-та, 1984. 128 с.

³ *Тычинская Е.В. Договор о реализации функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества / Под ред. Л.Ю. Михеевой. М.: Статут, 2012. 175 с.*

возмездного оказания услуг не является подходящей¹. С таким замечанием мы не можем согласиться ввиду следующих причин. Пунктом 2 ст. 779 ГК РФ установлено, что правила главы о договоре возмездного оказания услуг применяются к таким видам услуг, как услуги связи, медицинские, ветеринарные, аудиторские, консультационные, информационные, услуги по обучению, туристическому обслуживанию, а также прочие, в сущности которых можно усмотреть их фактический характер. Также в указанной статье регламентировано, что положения о возмездном оказании услуг не могут быть применены к договорам перевозки, поручения, комиссии и проч., среди которых не упомянут агентский договор, предусматривающий оказание услуг как юридических, так и фактических.

Это означает, что Е.В. Тычинская² объединяет договор возмездного оказания услуг и договор поручения, тогда как по смыслу ГК РФ возможность совместного регулирования правоотношений нормами соответствующих глав ограничена. В то же время нам представляется обоснованной квалификация договора с управляющей организацией в качестве смешанного интегрированного договора по классификации В.А. Ойгензихта³, включающего, однако, элементы других гражданско-правовых договоров, о чем будет сказано далее.

Таким образом, законодатель указал на существование двух видов услуг: тех, к которым положения гл. 39 ГК РФ применяются, а также тех, к которым положения этой главы применены быть не могут. При этом договоры, по которым могут оказываться как юридические, так и фактические услуги, также являются разновидностями договора возмездного оказания услуг, к которым применяются специальные нормы Гражданского кодекса.

Экстраполируя сказанное на «услуги по корпоративному управлению», подчеркнем, что компетенция единоличного исполнительного органа в соответствии со ст. 69 Закона об акционерных обществах, а также ст. 40 Закона об обществах с ограниченной ответственностью включает в себя руководство текущей деятельностью общества, и в частности заключение сделок, выдачу доверенностей, издание

¹ *Козлова Н.В.* Гражданско-правовой статус органов юридического лица // *Хозяйство и право.* 2004. № 8. С. 52.

² *Тычинская Е.В.* Договор о реализации функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества. М., 2012.

³ *Ойгензихт В.А.* Нетипичные договорные отношения в гражданском праве: учеб. пособие. Душанбе, 1984.

приказов о приеме на работу, подписание трудовых договоров, что имеет характер юридических действий. Вместе с тем юридическими действиями круг обязанностей единоличного исполнительного органа не ограничивается, поскольку последний также осуществляет фактические действия, направленные на поиск контрагентов, выявление наиболее подходящих направлений деятельности, проведение переговоров, встреч и проч. Это означает, что единоличный исполнительный орган осуществляет как юридические, так и фактические действия в пределах своей компетенции. На наш взгляд, с одной стороны, нет никаких препятствий к тому, чтобы квалифицировать договор о передаче полномочий в качестве договора о возмездном оказании услуг, но, с другой стороны, такой квалификации недостаточно¹. Как бы то ни было, осуществление деятельности или действий юридического и фактического характера не меняет того, что они являются услугами по своей природе.

Проанализировав позицию о квалификации договора о передаче полномочий в качестве договора возмездного оказания услуг, мы приходим к следующим выводам.

Во-первых, квалификация договора с точки зрения возмездного оказания услуг является абсолютно верной, так как «услуги по корпоративному управлению» являются *услугами, включающими в себя фактические и юридические действия*. Указанный подход позволяет определить, какие нормы гражданского законодательства могут подлежать применению в данном случае, чем создает правовую определенность в данном вопросе.

Во-вторых, квалификация договора о передаче полномочий исключительно в качестве договора возмездного оказания услуг видится нам несколько незавершенной, поскольку положения гл. 39 ГК РФ о возмездном оказании услуг не являются единственно применимыми и исчерпывающими для рассматриваемого договора.

Это означает, что квалификация договора о передаче полномочий единоличного исполнительного органа управляющей организации не может быть сведена к какому-либо одному поименованному в части

¹ Сама по себе квалификация договора в качестве договора возмездного оказания услуг представляется нам весьма общей, поскольку, как отмечает М.И. Брагинский, гл. 39 ГК РФ не претендует на то, чтобы охватить регулирование конкретного типа договоров. Напротив, она заведомо предполагает наличие различных видов договоров, отвечающих лишь общим признакам договора «возмездного оказания услуг». См.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2002. С. 237.

второй ГК РФ договору, вместе с тем рассматриваемый договор может содержать элементы различных гражданско-правовых договоров¹.

Ввиду содержания принципа свободы договора, одним из элементов которого является возможность выбора договорной модели², мы полагаем, что договор о передаче полномочий единоличного исполнительного органа является смешанным интегрированным³ договором, включающим в себя признаки и характеристики договора возмездного оказания услуг, а также такой его разновидности, как агентирование, по следующим причинам.

Во-первых, при передаче полномочий первостепенное значение имеет деятельность управляющей организации, которая носит нематериальный характер, несмотря на то что ее можно оценить в нормативах и экономических показателях, что соответствует конструкции оказания услуг⁴. Во-вторых, договор о передаче полномочий включает в себя предоставление услуг как фактического (регулируются гл. 39, 52 ГК РФ), так и юридического (предусмотрены гл. 52 ГК РФ) характера. В-третьих, в договоре с управляющей организацией первостепенное значение имеет осуществление полномочий единоличного исполнительного органа конкретной организацией лично, что соответствует положениям гл. 39 и 52. В-четвертых, в судебной практике давно

¹ Серебрякова А.А. Указ. соч. С. 31.

² Подробнее об этом см.: *Перетерский И.С.* Сделки, договоры. М.: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1929. 84 с.; *Каранетов А.Г., Савельев А.И.* Свобода договора и ее пределы. Т. 1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. М.: Статут, 2012. 452 с.; Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.: Статут, 2012. 453 с.; *Белов В.А.* Гражданское право: В 4 т. Т. II. Кн. 2. М., 2016. 497 с.; *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства. М., 2003. С. 123–124, и др.

³ *Ойгензихт В.А.* Нетипичные договорные отношения в гражданском праве: учеб. пособие. Душанбе, 1984.

⁴ Договор о передаче полномочий единоличного исполнительного органа индивидуальному предпринимателю является гражданско-правовой сделкой, в силу которой управляющая организация обязывается оказывать обществу управленческие услуги и наделяется в связи с этим полномочиями по распоряжению имуществом общества. Такой договор также предусматривает обязанность общества оплачивать услуги управляющего и производить иные выплаты в установленных договором случаях и, следовательно, направлен на отчуждение обществом денежных средств. См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 23 января 2007 г. № 11578/06 по делу № А11-7485/2005-К1-4/498 // СПС «КонсультантПлюс». Указанные суждения также справедливы и для передачи полномочий единоличного исполнительного органа управляющей организации.

и успешно договоры о передаче полномочий квалифицируются как возмездное оказание услуг (а это, как мы выяснили, не отменяет возможность применения положений об агентировании).

Несмотря на предложения некоторых авторов закрепить договор о передаче полномочий единоличного исполнительного органа управляющей организации в качестве самостоятельного договора¹, раскрыть его содержание и особенности, порядок заключения, исполнения и прекращения, определить судьбу исполнительных органов после вступления договора в силу² в части второй ГК РФ, нам представляется, что объективная необходимость нормативного закрепления рассматриваемого договора отсутствует по следующим причинам. Возможность передавать полномочия управляющей организации закреплена для акционерных обществ с 1995 г., для обществ с ограниченной ответственностью — с 1998 г. Все это время шел активный процесс формирования практики применения договора, что, как следствие, привело к появлению достаточно четких и структурированных подходов как в судебной практике, так и в целом в деятельности хозяйственных субъектов. Стремление закрепить отлаженно и бесперебойно работающий институт на уровне законодательства видится нам позитивистской тенденцией, которая порождает увеличение законодательного массива и нивелирует умение работать с общими принципами права и рассматривать правовые возможности субъектов системно.

На основании вышеуказанного мы пришли к выводу о том, что договор о передаче полномочий представляет собой интегрированный смешанный договор с преобладанием черт возмездного оказания услуг и агентирования как их разновидности.

¹ Так, В.В. Груздев полагает, что договор о передаче полномочий является внутриорганизационным договором об осуществлении управленческих полномочий, по которому одна сторона (уполномоченный, прокуратор) обязуется осуществлять в интересах другой стороны (юридического лица) управленческие полномочия, а юридическое лицо обязуется оказывать прокуратору содействие в осуществлении управленческих полномочий, а также выплачивать ему в предусмотренных законом или договором случаях вознаграждение (см.: *Груздев В.В.* Внутриорганизационный договор об осуществлении управленческих полномочий // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2015. № 10. С. 75–78). Также об этом см.: *Тычинская Е.В.* Договор о реализации функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества. М., 2012.

² *Кондратьев В.* Закон об акционерных обществах. Проблемы совершенствования // *Хозяйство и право.* 1999. № 10. С. 68.

*Курьянович Андрей Борисович,
магистрант Института законодательства и сравнительного
правоведения при Правительстве Российской Федерации*

О приносящей доход деятельности некоммерческих организаций

Статус и назначение некоммерческих организаций не исчерпывается их характеристикой как юридических лиц¹, а сама целесообразность классификации юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации в гражданском законодательстве подвергалась обоснованным сомнениям и была охарактеризована условностью². Первоначально законодательство Российской Федерации обозначало экономическую деятельность некоммерческих (далее — НКО) и коммерческих организаций общим термином «предпринимательская деятельность». Однако с 2014 г., с принятием Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» (далее — Закон № 99-ФЗ), законодатель ввел новый термин в отношении некоммерческих организаций — «приносящая доход деятельность». В отсутствие легального определения такой деятельности возникает проблема толкования существа данного понятия, поскольку невозможно точно сказать, что определенная деятельность относится к основной. Не установлены также признаки, позволяющие отделить ее от приносящей доход деятельности, которая не является основной.

В отношении предпринимательской деятельности ситуация иная. Согласно п. 1 ст. 2 ГК РФ предпринимательской деятельностью является осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг, при

¹ См.: *Синицын С.А.* Публично-правовой и частноправовой статус некоммерческих организаций // *Гражданское право.* 2019. № 6.

² См.: *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный)* / Под ред. О.Н. Садикова. М., 1997. С. 122.

этом лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, должны быть зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Данная норма позволяет выделить следующие признаки предпринимательской деятельности: 1) ее самостоятельность; 2) осуществление на свой риск; 3) направленность на систематическое получение прибыли; 4) государственная регистрация лиц, осуществляющих эту деятельность.

Необходимо понимать, что отсутствие квалифицирующих признаков приносящей доход деятельности – не единственная проблема толкования данного понятия. Так, до сих пор специальное законодательство не приведено в соответствие с Законом № 99-ФЗ. Несмотря на то что ст. 50 ГК РФ предусматривает возможность осуществления НКО «приносящей доход деятельности», специальные законы продолжают использовать термин «предпринимательская деятельность» в отношении:

- нотариальных палат (ч. 5 ст. 24 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. № 4462-1);

- религиозных организаций (подп. 2 п. 1 ст. 6 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (далее – Закон об НКО); ст. 23 Федерального закона от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях»);

- фондов (ч. 2 ст. 7 Закона об НКО; ст. 15 Федерального закона от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и добровольчестве (волонтерстве)» (далее – Закон о благотворительной деятельности); ст. 31, 37 Федерального закона от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» (далее – Закон об общественных объединениях));

- общественных организаций (подп. 2 п. 1 ст. 6 Закона об НКО; ст. 31, 37 Закона об общественных объединениях; ч. 1 ст. 26, ч. 3 ст. 31 Федерального закона от 11 июля 2001 г. № 95-ФЗ «О политических партиях»; п. 2 ч. 2 ст. 24 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» (далее – Закон о профсоюзах));

- общественных движений (ст. 31, 37 Закона об общественных объединениях);

- ассоциаций (союзов) (п. 2 ч. 2 ст. 24 Закона о профсоюзах; ч. 2 ст. 1, ст. 12 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации»; ч. 4 ст. 32 Закона РФ от 19 июня 1992 г. № 3085-1 «О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзах) в Российской Федерации»);

- учреждений (ст. 15 Закона о благотворительной деятельности; ст. 31, 37 Закона об общественных объединениях);
- автономных некоммерческих организаций (п. 2 ст. 10 Закона об НКО; ст. 123.24 ГК РФ);
- общин коренных малочисленных народов (п. 2 ст. 6.1 Закона об НКО);
- казачьих обществ, внесенных в государственный реестр казачьих обществ в Российской Федерации (п. 2 ст. 6.2 Закона об НКО);
- государственных корпораций (ст. 7.1, ст. 24 Закона об НКО; ст. 3 Федерального закона от 23 ноября 2007 г. № 270-ФЗ «О Государственной корпорации по содействию разработке, производству и экспорту высокотехнологичной промышленной продукции «Ростех»; ст. 3 Федерального закона от 19 июля 2007 г. № 139-ФЗ «О Российской корпорации нанотехнологий», ст. 3 Федерального закона от 17 мая 2007 г. № 82-ФЗ «О государственной корпорации развития «ВЭБ.РФ»; ст. 3 Федерального закона от 1 декабря 2007 г. № 317-ФЗ «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом»»);
- публично-правовых компаний (ст. 24 Закона об НКО. Кроме ГК РФ, приносящая доход деятельность разрешена п. 7 ст. 3 Федерального закона от 3 июля 2016 г. № 236-ФЗ «О публично-правовых компаниях в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»);
- товариществ собственников недвижимости (ст. 152 Жилищного кодекса Российской Федерации; ст. 24 Закона об НКО);
- потребительских кооперативов (ст. 24 Закона об НКО).

Использование Законом № 99-ФЗ понятия «приносящая доход деятельность» сразу же получило оценку в научной среде, в результате чего было сформулировано три точки зрения о его соотношении с понятием «предпринимательская деятельность».

Согласно первой точке зрения под приносящей доход деятельностью следует понимать предпринимательскую деятельность и можно ставить между ними знак равенства или же говорить о первой как о тяготеющей ко второй¹. При этом не придается особого значения использованию того или другого термина в отношении такой деятельности. В соответствии с постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской

¹ См.: Шайдуров И.В. Приносящая доход деятельность в гражданском законодательстве России // Власть Закона. 2016. № 3. С. 199–206.

Федерации» к некоммерческим организациям в части осуществления ими приносящей доход деятельности применяются те же положения законодательства, что и к лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность (п. 21).

Сторонники второй точки зрения предлагают считать понятие «приносящая доход деятельность» более широким, чем понятие «предпринимательская деятельность»¹. Именно эта позиция нашла отражение в проекте федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О некоммерческих организациях»» (в части приведения в соответствие с новой редакцией ГК РФ), разработанном Минюстом России. Обсуждение данного документа осуществлялось на нулевых чтениях 2 ноября 2015 г. в Общественной палате РФ. Данным проектом предлагалось закрепить положения, согласно которым некоммерческая организация может осуществлять приносящую доход деятельность, в том числе предпринимательскую деятельность.

Сторонники третьей точки зрения придерживаются мнения о том, что приносящая доход и предпринимательская деятельность являются отдельными друг от друга видами экономической деятельности. Например, Т.В. Соيفер указывает на существование отличающих эти виды деятельности правил и принципов их осуществления². Ю.Г. Лескова полагает, что НКО могут совершать разовые сделки, приносящие доход, получать доход от пожертвований и прочее наряду с систематическим извлечением прибыли³.

Необходимо отметить, что первоначально разработчики Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации 2009 г.⁴ придерживались позиции, согласно которой некоммерческие

¹ См.: Тарасенко О.А. О предпринимательской и приносящей доход деятельности некоммерческих организаций // Юрист. 2014. № 23. С. 18; Звездина Т.М. К вопросу о соотношении понятий предпринимательской и приносящей доход деятельности некоммерческих организаций // Бизнес, менеджмент и право. 2014. № 2. С. 75.

² См.: Соифер Т.В. Экономическая деятельность некоммерческих организаций и ее гражданско-правовое обеспечение // Журнал российского права. 2016. № 1. С. 22–30.

³ См.: Лескова Ю.Г. Реформирование института юридического лица: вопросы применения правил ГК РФ // Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом (22 апреля 2015 г., г. Москва): Сб. науч.-практ. ст. II Междунар. науч.-практ. конф. / Е.А. Абросимова, В.К. Андреев, Л.В. Андреева [и др.]; под общ. ред. С.Д. Могилевского, М.А. Егоровой. М., 2015. С. 214.

⁴ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. Одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г. // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 6–34.

организации могут осуществлять предпринимательскую деятельность в более узких рамках, с определенными ограничениями в силу своей специальной правоспособности.

Отсутствие единства в законодательстве, несоответствие правил специальных законов положениям ГК РФ, а также отсутствие определения понятия и критериев приносящей доход деятельности влекут сложности и проблемы в правоприменении¹.

При проведении анализа деятельности, направленной на извлечение прибыли, немалый интерес вызывает опыт регулирования такой деятельности НКО за рубежом. Стоит отметить, что в Европе применительно к НКО используется термин «предпринимательская деятельность», при этом различные правовые порядки по-разному подходят к регулированию ее осуществления.

Так, с 1 января 2020 г. в Бельгии начал применяться новый нормативный правовой акт – Кодекс обществ и ассоциаций от 23 марта 2019 г.² Для некоммерческих организаций в нем предусмотрены следующие требования: 1) предпринимательская деятельность не должна выступать в качестве основной; 2) вся полученная прибыль не может распределяться между участниками (ст. 1:2, 1:3), однако некоммерческая организация может предоставлять различные услуги своим членам, дабы снизить их затраты (ст. 1:4). Некоммерческие организации в качестве основной цели своей деятельности преследуют общественно полезные цели. При этом Кодекс не содержит каких-либо запретов в отношении осуществления ими предпринимательской деятельности.

В Испании правовое положение ассоциаций (*asociaciones*) определяется Законом от 22 марта 2002 г. о праве ассоциации³. Он не распространяется на политические партии, союзы, религиозные объединения, спортивные федерации и объединения потребителей, которым посвящены специальные акты, определяющие статус профессиональных

¹ См.: Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. С. 511.

² Code des sociétés et des associations. URL: https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2019032309&table_name=loi (дата обращения: 20.03.2020). В Бельгии некоммерческая организация обозначается на нидерландском языке как *vereniging zonder winstoogmerk* (сокращенно *VZW*), а на французском – как *association sans but lucratif* (сокращенно *ASBL*).

³ Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. URL: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-5852> (дата обращения: 20.03.2020).

союзов¹, политических партий² и т.д. Ассоциация может осуществлять предпринимательскую деятельность без особых ограничений, соблюдая лишь правило о том, что доходы, полученные в результате экономической деятельности, должны использоваться исключительно для достижения целей деятельности ассоциации, без какого-либо распределения между партнерами, их супругами, лицами, с которыми они совместно проживают и состоят в подобных отношениях, родственниками или посредством безвозмездной передачи физическим или юридическим лицам, преследующим цель извлечения прибыли (п. 2 ст. 13 Закона 2002 г.).

Законом 49/2002 от 23 декабря 2002 г. (с изменениями от 5 мая 2020 г.)³ установлен льготный налоговый режим для некоммерческих организаций. Для его применения организация должна соответствовать определенным требованиям, среди которых интерес вызывает обязанность по распределению доходов: 70% доходов должно направляться на достижение общественно полезных целей, ради которых создавалась организация. Остальные доходы некоммерческая организация должна направлять на увеличение своего имущества или резервов.

В ФРГ в общественно полезных целях создаются организации, называемые *nicht wirtschaftlichen Vereins* (§ 21 Германского гражданского уложения (ГГУ)⁴). Осуществление ими предпринимательской деятельности является допустимым, однако лишь при условии, что она соответствует основной цели деятельности указанных организаций и направлена на ее достижение. Данное требование прямо не предусмотрено в нормах ГГУ, оно содержится в актах Федерального верховного суда Германии⁵.

¹ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. URL: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-16660> (дата обращения: 20.03.2020).

² Ley Orgánica Constitucional De Los Partidos Políticos 23-03-1987, ÚLTIMA VERSIÓN: 15-04-2016. URL: <https://www.servel.cl/ley-18-603-l-o-c-de-los-partidos-politicos/> (дата обращения: 20.03.2020).

³ Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-25039&p=20200506&tn=1> (дата обращения: 21.05.2020).

⁴ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) 18.08.1896. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (дата обращения: 10.03.2020).

⁵ См. абз. 20 Bundesgerichtshof Beschl. v. 16.05.2017, Az.: II ZB 7/16. URL: <https://lexetius.com/2017,1080> (дата обращения: 31.05.2020); абз. 17 Bundesgerichtshof: Urteil vom 29.09.1982 – IZR 88/80. URL: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/4b8da20b-19c3-4295-9967-cc48926e8661> (дата обращения: 31.05.2020).

В Нидерландах регулирование ассоциаций (*verenigingen*) осуществляется нормами кн. 2 Гражданского кодекса¹. Ассоциации не могут распределять прибыль между своими членами (п. 3 ст. 26). При этом объединение имеет право преследовать любые цели, кроме запрещенных законом (п. 1 ст. 26). Положения данного акта указывают на запрет заключения любых договоров, которые направлены на удовлетворение интересов участников объединения, например страховых (п. 2 ст. 26). Данная организационно-правовая форма может применяться и для активной предпринимательской деятельности.

Таким образом, зарубежное законодательство указанных государств не применяет специальный термин, позволяющий отграничить приносящую доход деятельность организаций некоммерческого характера от деятельности коммерческих организаций. Используется традиционное понятие «предпринимательская деятельность». Несмотря на характер исследуемых объединений, все они имеют право в той или иной степени осуществлять предпринимательскую деятельность.

В России же законодатель не торопится с определением понятия «приносящая доход деятельность» и дальнейшей разработкой законодательства, регулирующего осуществление такой деятельности, что вызывает сомнения в необходимости использования соответствующего термина.

С учетом проанализированных норм отечественного и зарубежного законодательства имеются следующие варианты развития российского законодательства:

1) разработать определение понятия «приносящая доход деятельность», которое имеет свои признаки, отличающие его от понятия «предпринимательская деятельность». Необходимо также как можно быстрее привести нормы специального законодательства в соответствие со ст. 50 ГК РФ. Это позволит упростить деятельность органов власти и судебных органов, устранить неопределенность в правоприменении;

2) исключить из законодательства термин «приносящая доход деятельность» и снять запреты в отношении осуществляемой некоммерческими организациями предпринимательской деятельности, при этом предусмотрев следующие требования:

— предпринимательская деятельность не должна выступать в качестве основной;

¹ Burgerlijk Wetboek Boek 2 Geldend van 01-01-2020. URL: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0003045/2020-01-01> (дата обращения: 20.03.2020)

– вся полученная прибыль не может распределяться между участниками;

– НКО в качестве основной цели своей деятельности преследуют общественно полезные цели;

– определенную часть прибыли от предпринимательской деятельности некоммерческая организация должна направлять на уставные цели, а другую часть – на развитие своей предпринимательской деятельности.

Второй вариант развития российского законодательства представляется наиболее правильным. Во-первых, в случае снятия ограничений с предпринимательской деятельности расширятся возможности НКО в достижении уставных целей. Во-вторых, отпадет необходимость в определении соответствия такой деятельности целям, ради которых создавалась НКО. В-третьих, требование, в соответствии с которым часть прибыли от предпринимательской деятельности некоммерческая организация должна направлять на уставные цели, позволит сохранить некоммерческую природу организаций.

II. ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ

*Скловский Константин Ильич,
доктор юридических наук, адвокат*

О добросовестности как реквизите приобретательной давности в судебной практике

Поводом для дальнейшего обсуждения стало принятие Конституционным судом РФ к своему рассмотрению жалобы В.В. Волкова на решения судов, отказавших ему в иске к гаражному кооперативу «Орбита» и администрации городского округа Краснознаменск о признании права собственности на земельный участок по ст. 234 ГК РФ. Участок для строительства гаража был приобретен им в 1997 г. по сделке с прежним собственником — Е.И. Паролем. Сделка была исполнена сторонами, что подтверждено распиской о получении оплаты; участок фактически был передан.

Истец обосновал иск тем, что он открыто и добросовестно владел участком более 15 лет как своим собственным. В результате отсутствия у него права собственности возникает неопределенность в праве. Суды отказали в иске, ссылаясь на то, что истец не является добросовестным владельцем, поскольку не мог не знать, что не получил права собственности на участок. С этим выводом согласился судья Верховного Суда РФ (определение № 4-КГ18-88 от 9 января 2019 г.).

В связи с заявлением Волкова в КС РФ возникли вопросы о понятии добросовестности в ст. 234 ГК, в частности, тождественно ли оно понятию добросовестного приобретателя; о возможности включения в число договоров, указанных в п. 15 Постановления Пленума ВС РФ, Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, также и договора купли-продажи; о связи между ст. 236 и 234 ГК РФ; о толковании отказа от права собственности, в частности, в случае бездействия муниципального собственника.

Поставленные вопросы затрагивают, как это и должно быть, поскольку речь идет о компетенции КС, системные связи между рядом норм и институтов, связанных с приобретением права собственности.

Поэтому обоснованность решения требует как можно более широкого охвата проблемы.

1. Прежде всего, обсудим вопрос о последствиях отказа собственника от вещи и приобретения права собственности на эту вещь иным лицом. Сама по себе эта связь, видимо, вытекает из некоторых мотивировок Постановления КС от 22 июня 2017 г. № 16-П.

Отказ собственника от права собственности, восходящий к классической дереликции, предусмотрен ст. 236 ГК РФ. В соответствии с этой нормой отказ от права собственности выступает как сделка собственника, поскольку норма прямо указывает на то, что в действиях собственника должна усматриваться воля на отказ от права собственности. Заявление об отказе, которое, несомненно, является сделкой по точному смыслу ст. 153 ГК, по своему содержанию не отличается от иных действий по отказу от права собственности, причем закон требует определенности выраженной в них воли на отказ от права собственности.

Бездействие как юридический факт не может быть, видимо, исключено из способов отказа от права собственности, если в нем ясно выражена воля на такой отказ. Однако «само по себе бездействие собственника еще не свидетельствует по общему правилу о намерении отказаться от права собственности»¹.

Необходимо иметь в виду, что бездействие должно быть поведением владеющего собственника, что часто упускают из вида.

2. Дереликция в классическом праве понималась как оставление вещи с отказом от нее. Она была тесно связана с оккупацией, в связи с чем существовала позиция прокульянцев, полагавших, что собственник сохраняет право собственности, пока вещь не завладеет иное лицо. Юлиан считал, что брошенная вещь до оккупации не принадлежит никому².

Связь с оккупацией указывает на то, что отказ от вещи подразумевает владение собственника, иначе, учитывая казуистическую природу римского права, обсуждались бы также гипотезы отказа от права при наличии владения у третьего лица. В самом общем виде, если владение получено от собственника, т.е. по договору с ним, последующий отказ

¹ Статья 236 // Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: Учебно-практический комментарий (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2010.

² См.: *Дождев Д.В.* Римское частное право. М., 2002. С. 396–397; *Бартошек М.* Римское право: Понятия, термины, определения: Пер. с чеш. М., 1989. С. 106; *Барон Ю.* Система римского гражданского права. СПб., 2005. С. 374.

от права не может быть ничем иным, как изменением условий этого договора, т.е. утрачивает качества безусловной сделки.

3. Структура ст. 236 ГК РФ, которая указывает на два вида отказа от права собственности — объявление¹ либо иные действия, не дает, однако, возможности понимать эти иные действия иначе, чем действия владельца. Например, указывается на такие случаи отказа от собственности, как выбрасывание вещи, необеспечение надлежащего содержания, повлекшее разрушение вещи, утрату ею ценности².

Только владелец может отказаться от права иными действиями, помимо объявления (которое при сохранении владения, видимо, не влечет прекращения права).

4. Владение при этом понимается обычно: как в виде непосредственного физического господства, так и в виде отсутствия препятствий к установлению такого господства в любой момент по воле владельца (так, пустующая зимой дача полагается во владении дачника, который может в любой момент приехать). Владение муниципалитета, которое обсуждалось в Постановлении КС от 22 июня 2017 г. № 16-П, основано на его компетенции, обеспечивающей ему доступ к жилым домам и находящимся в них пустующими помещениям, в том числе — инспекции этих помещений, выявлении фактического владения третьими лицами, праве обеспечивать сохранность пустующих помещений и т.п., т.е. в конечном счете — исключительной возможности вступать во владение помещениями при условии отсутствия иных владельцев.

¹ При этом, впрочем, указывается, что такое заявление «с сохранением владения не может привести к утрате права собственности, так как в силу ст. 226 другое лицо в данном случае никак не сможет приобрести право собственности на имущество. Поэтому заявление об отказе ведет к утрате права собственности лишь после утраты владения либо если владение уже было утрачено ранее» (Статья 236 // Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. С.П. Гришаева, А.М. Эрделевского. М., 2005).

Имеется мнение, согласно которому норма в части объявления об отказе не достигла своих целей, поскольку ряд существенных вопросов ею не урегулирован, и поэтому «следует исходить из того, что отказ собственника от права собственности на свое имущество, совершенный посредством объявления об этом, влечет прекращение права собственности лишь в тех случаях, когда это предусмотрено законом» (вероятно, имеется в виду норма ст. 53 Земельного кодекса РФ или аналогичные ей). Без такого закона любое заявление собственника о своем отношении к имуществу не влечет юридических последствий, предусмотренных ст. 236 ГК (Статья 236 // Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: В 3 т. Т. 1: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). 3-е изд., перераб. и доп. / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2007).

² Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий: В 3 т. Т. 1. М., 2014. С. 614.

Если, однако, помещение фактически занято, то владения муниципалитета не имеется (для целей исковой давности об утрате владения известно с момента появления в помещении незаконного владельца, так как текущий контроль за помещениями в доме означает именно это), а бездействие не владеющего собственника не может быть формой отказа от права по указанным выше причинам.

5. При этом неосуществление властной компетенции едва ли может толковаться как отказ от права собственности, особенно учитывая, что неосуществление компетенции, в отличие от неосуществления права, недопустимо и, следовательно, должно иметь собственное основание в виде соответствующего акта, который, конечно, подчиняется нормам об актах публичного органа. Однако для целей ст. 236 ГК РФ этот отказ исключен, поскольку речь идет о публичной собственности¹.

В данном случае (в деле Волкова) у участка в течение всего времени имелся частный владелец и, соответственно, поведение муниципального собственника, в том числе и с учетом признания им иска, не может квалифицироваться как отказ от права собственности. Муниципалитет не объявлял (и не имел ни права, ни компетенции объявить) об отказе от права на данный участок и не совершал иных действий, ясно выражающих его волю на отказ, так как такие действия доступны только владельцу, а он владения не имел.

6. Необходимость ясного выражения воли на отказ от права собственности, как об этом сказано в ст. 236 ГК РФ, объясняется тем, что речь идет о лишении права без какого-либо возмещения. В таких случаях к выражению воли предъявляются более высокие требования, чем к случаям, когда право собственности утрачивается, в том числе передается, на условиях того или иного предоставления: тем самым толкование воли собственника может следовать из условий совершения им возмездной сделки. Таким образом, мы имеем основания для

¹ «...ст. 236 устанавливает, что отказаться от права собственности на принадлежавшее ему имущество может только гражданин или юридическое лицо. Отсюда вытекает, что отказаться не могут ни Российская Федерация, ни субъекты РФ, ни муниципальные образования» (Статья 236 // Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: В 3 т. Т. 1: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). 3-е изд., перераб. и доп. / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2007). Аналогично: «Отказ собственника от принадлежавшего ему права может последовать только от граждан и юридических лиц. Возможность отказа от права собственности со стороны публичных образований ГК не предусмотрена» (Статья 236 // Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой» (постатейный) / Под ред. В.П. Мозолина, М.Н. Малеиной). М., 2004.

утверждения, что норма ст. 236 ГК не подлежит расширительному толкованию, а должна пониматься точно в соответствии с ее текстом: собственник совершает одностороннюю сделку, причем выраженная в ней воля на отказ от права собственности является безусловной и определенно следует из его заявления или иных действий. Как и любая сделка, отказ должен совершаться в свободной воле и при правильном понимании существенных фактических обстоятельств.

7. Последующее приобретение права собственности на вещи, от которых собственник отказался, регулируется нормами ст. 228 и 225 ГК РФ. Движимыми вещами, брошенными собственником, иные лица могут завладеть и тем самым приобрести право собственности на условиях, указанных в п. 2 ст. 226 ГК, либо в соответствии с иными нормами, например нормами о находке (ст. 227–228 ГК РФ).

8. Для приобретения в собственность недвижимых вещей установлен механизм, предусмотренный п. 3 ст. 225 ГК РФ. По точному смыслу закона в обход этого механизма приобрести право собственности на брошенную собственником недвижимость невозможно. Конституционный смысл этой нормы в ее связи с нормой ст. 236 ГК состоит, как представляется, в соблюдении гарантий прежнего собственника: как срок приобретения, так и публичность процедур, связанных с обнаружением бесхозяйной недвижимости, состоят в подтверждении определенности воли прежнего собственника на отказ от права собственности.

Следовательно, если выяснится, что прежний собственник не отказывался от права собственности (либо стал известен, что мы не обсуждаем), то приобретение права собственности в порядке ст. 225 ГК становится невозможным ввиду отпадения гипотезы, изложенной в п. 1 ст. 225 ГК.

9. Интерес представляет п. 2 ст. 225 ГК РФ, в силу которого признается применимым механизм приобретательной давности для движимых вещей, от которых собственник отказался. Это означает, что если не были выполнены процедуры, связанные с приобретением находки, клада, безнадзорных животных, то, тем не менее, право собственности может быть приобретено в силу приобретательной давности. В связи с этим возникают два вопроса: (1) как в рамках приобретательной давности проверяется определенность воли собственника на отказ от вещи и (2) как выполняется условие ст. 234 ГК о добросовестности владения?

На первый вопрос ответ, видимо, состоит в том, что срок приобретения, который в любом случае превышает срок виндикации вещи,

особенно с учетом нормы п. 1 ст. 200 ГК РФ, рассматривается как достаточная гарантия прав и интересов бывшего собственника. Я бы при этом не стал говорить, что отказ от истребования вещи является выражением воли на отказ от вещи по смыслу ст. 236 ГК, так как эта норма требует определенности выражения воли, тогда как воля, выраженная в бездействии, такой определенностью, как уже говорилось, не обладает.

10. Ответ на второй вопрос несколько сложнее. Очевидно, что если добросовестность приобретателя по сделке основана на извинительном заблуждении относительно права отчуждателя и тем самым — своего права, то лицо, нашедшее чужую вещь, обнаружившее вклад и т.д., не заблуждается и понимает, что оно — не собственник. Такие реквизиты, как открытость владения и владение вещью как своей собственной, в любом случае не могут заменить добрую совесть.

11. В связи с этим возникает вопрос, не следует ли расширить понимание добросовестности для целей ст. 234 ГК РФ. Мы его рассмотрим далее. Здесь же заметим, что во всяком случае соотношение норм п. 2 ст. 225 и п. 1 ст. 234 не может пониматься в том смысле, что норма п. 1 ст. 234 ГК включает, помимо приобретения по сделке, также и приобретение находки, клада, безнадзорных животных. Во-первых, по правилам юридической техники ссылка на субсидиарное применение какой-либо нормы не может означать, что в силу этой ссылки данная норма включает теперь кроме своего содержания также и содержание той нормы, которую она субсидиарно дополняет. Иными словами, ссылка на субсидиарное применение той или иной нормы имеет в виду собственное содержание этой нормы, но не изменяет его. Иначе не было бы нужды в самой ссылке и иная норма применялась бы без дополнительного указания, а только в силу заложенного в ней содержания.

Во-вторых, и это кажется более очевидным по формальным причинам, п. 2 ст. 225 ГК касается только движимых вещей, тогда как норма п. 1 ст. 234 ГК такое разделение вещей предусматривает только для сроков, но не для реквизитов приобретения.

Наконец, извращение реквизита добросовестности путем его произвольно расширительного толкования влечет расшатывание системы ГК так, что неизбежно нарушается конституционный принцип определенности закона, причем это нарушение затрагивает помимо ст. 234 ГК многие другие нормы как о приобретении, так и о защите права собственности и иных вещных прав. Именно это обстоятельство и стало основной причиной нашего обращения к делу Волкова.

12. Мы смогли убедиться, что нормы ст. 225, 236, 234 ГК РФ в их системной связи являются достаточно определенными в том отношении, что они однозначно определяют отказ от права собственности как одностороннюю сделку и последующее независимое от отказа и никак не связанное с ним приобретение права собственности на брошенную недвижимую вещь только посредством механизма приобретения бесхозяйной вещи (п. 3 ст. 225 ГК). Исключения, сделанные в п. 2 ст. 225 ГК для приобретения движимых вещей, в том числе и брошенных, не дают оснований для расширительного толкования п. 1 ст. 234 ГК в части понимания добросовестности незаконного владельца.

12.1. То обстоятельство, что исключение п. 2 ст. 225 ГК РФ не охватывает вещей недвижимых, никак не может толковаться ни в смысле неопределенности закона, ни в смысле какого-либо ограничения прав приобретателя, затрагивающего его конституционные права.

13. Суть субсидиарного применения ст. 234 ГК РФ для приобретения движимых вещей видится в том, что коль скоро не соблюден порядок приобретения, предусмотренный нормами ст. 225–233 ГК, то остается возможность более длительного и сложного способа приобретения по приобретательной давности. Но это никак не означает, что если, скажем, для приобретения права на находку предполагается понимание того, что нашедшему вещь не принадлежит, то одна только возможность при несоблюдении порядка ст. 227 ГК субсидиарного применения ст. 234 ГК означает, что поведение нашедшего находку, да еще и нарушившего порядок ее присвоения, является тем не менее добросовестным¹. Еще меньше оснований эту вымышленную добросовестность переносить затем в норму ст. 234 ГК и таким способом распространять приобретение по давности на случаи, не указанные в п. 2 ст. 225 ГК.

14. Более того, субсидиарное применение ст. 234 ГК РФ для находки и иных случаев, указанных в ст. 225 ГК, определенно не только исключает у владельцев добрую совесть, но и уверенно указывает на то, что они стали прямыми нарушителями права. Ведь если находчик не вы-

¹ Ср.: «Точно так же сам факт совершения находки в большинстве случаев является формой нарушения права собственности. Соответственно, владение находчика является незаконным в тот период, пока он не приобрел право собственности на найденную вещь в порядке, установленном действующим законодательством. Кроме того, принятие находчиком мер по содержанию вещи предполагает его знание о том, что вещь принадлежит на праве собственности другому лицу, что исключает добросовестность как в смысле ст. 234 ГК РФ, так и в смысле ст. 302 ГК РФ» (Гражданское право и современность: Сборник статей, посвященный памяти М.И. Брагинского / Под ред. В.Н. Литовкина, К.Б. Ярошенко. М., 2013)

полнил действий, предписанных ст. 227 ГК, он стал с этого момента правонарушителем¹. То же следует сказать и о владельцах безнадзорных животных,клада, брошенных вещей. Иными словами, если ими нарушены их обязанности, предписанные нормами ст. 225–233 ГК, то приобретение затем собственности на указанные в этих нормах вещи по давности (ст. 234 ГК) заведомо предполагает ранее совершенное правонарушение, но никак не добросовестность.

Иное толкование никак невозможно.

15. Но примером такого неверного толкования может, однако, служить позиция Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ, согласно которой $\frac{1}{3}$ доля в праве собственности на квартиру, принадлежавшая совладельцу, после смерти которого не оказалось наследников, может быть приобретена другими совладельцами по приобретательной давности одновременно с применением правил о бесхозяйной вещи². С выводами СКГД ВС невозможно согласиться. Во-первых, доля в праве не является вещью (в том числе – движимой), тогда как и п. 1 и 2 ст. 225 ГК РФ говорит о вещах. Во-вторых, совладельцы с позиций владения – соседи, и они не владели долей в праве общей собственности, а лишь сообща пользовались общим имуществом, т.е. помещением, а не долей, в соответствии в ст. 247 и сл. ГК. В-третьих, незаконное осуществление ими права на долю, если его можно сопоставить с нормой ст. 234 ГК, не могло быть добросовестным, так как они не могли не знать, что доля в праве им не принадлежит. В-четвертых, муниципалитет никогда не владел ни помещением, ни распоряжался долей в праве общей собственности на него и потому не мог своим бездействием отказаться от этого права в порядке ст. 236 ГК. А объявления об отказе от права он не делал.

16. Наиболее сложным аспектом рассматриваемой КС в деле Волкова проблемы оказывается вопрос о пределах действия приобретательной давности (далее для краткости также – узукапии). Известно, что советскому праву эта норма не была известна, и введение узукапии в ГК РФ проводилось с известной осторожностью, чем и следует объяснить ее сравнительно узкое действие.

17. Основным ограничением современной российской узукапии является условие о добросовестности. Мне много раз приходилось пи-

¹ «...Находчик может совершить в связи с находкой действия, не соответствующие предписаниям норм права, поэтому противоправные» (Никитин А.В. Находка вещи: правовые аспекты // Арбитражный и гражданский процесс. 2014. № 4).

² Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 20 марта 2018 г. № 5-КГ18-3.

сать об этом¹, а потому здесь можно ограничиться выводами. Реквизит добросовестности характеризует только незаконное владение, полученное по недействительной сделке, единственным пороком которой было отсутствие права на отчуждение вещи у продавца при извинительном заблуждении относительно этого порока у приобретателя.

Очевидна системная связь узукапии с виндикацией: если собственник не может виндицировать вещь по причине добросовестности владельца, то вещь необходимо как-то вернуть в гражданский оборот. Это делается посредством приобретательной давности.

18. Сам по себе срок давности выражает уважение к праву собственности. В этом плане норма п. 2 ст. 223 ГК РФ, создавшая впервые в мире узукапию для недвижимости без срока давности, представляется свидетельством отсутствия уважения к праву собственности у отечественного законодателя, что едва ли может вызвать удивление (после 15 лет критики последовали некоторые изменения нормы, которые выходят за рамки нашего рассмотрения).

19. Добросовестность как условие узукапии в п. 1 ст. 234 ГК РФ имеет то же содержание, что и в ст. 302 ГК. На это указывает, помимо самого термина, также и уже упомянутая системная связь с нормами о защите права собственности. Необходимо указать также на реkvизит владения имуществом как свои собственным. Он указывает на отношение к вещи как к своей не в субъективном смысле, а в объективном — исходя из природы договора о получении вещи, что возможно только в случае приобретения ее по сделке купли-продажи или иной сделке, указанной в п. 1 ст. 218 ГК (либо вовсе не по сделке — так владеет находчик и иные лица, завладевшие вещью собственными действиями, а не по воле собственника). Арендатор или хранитель не могут относиться к вещи как к своей, пока действует договор с собственником.

20. Существенных доктринальных колебаний в понимании добросовестности приобретателя, насколько известно, не наблюдается, особенно учитывая, что это понятие известно довольно давно, и традиция этого понимания ближайшим образом восходит к примечанию к ст. 60 ГК РСФСР 1922 г.: «Приобретатель признается добросовестным, если он не знал и не должен был знать, что лицо, от коего он приобрел вещь, не имело права отчуждать ее».

Можно указать как на обычную такую дефиницию: «законодатель определил критерии добросовестности приобретения как субъек-

¹ См., например: *Скловский К.И.* Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М., 2010. С. 486 и сл.

тивное состояние приобретателя в момент приобретения имущества от неуправомоченного отчуждателя, выражающееся, во-первых, в его незнании об отсутствии у отчуждателя возможности распоряжения этим имуществом («не знал») и, во-вторых, в отсутствии у него вины в таком незнании («не мог знать»)¹.

21. Добросовестность очевидно является достаточно произвольным и, очевидно, имеющим переходный характер² ограничением узукапии. Прежде всего, она не допускает приобретения вещей, полученных иначе как по сделке об отчуждении. Но в общих интересах важно возвращение в оборот и вещей, которые попали во владение иным образом. Например, в ходе приватизации принимались на баланс вновь образуемыми коммерческими организациями общежития, объекты культуры и тому подобное имущество, не подлежавшее приватизации. Такое владение не является добросовестным и не позволяет приобрести имущество по давности, что со временем обнаруживает все больше негативных последствий.

Можно также указать на случаи, когда собственник не требует вещи из чужого незаконного владения, причем обстоятельства ее приобретения не вполне ясны и владелец не может доказать добросовестности, хотя бремя такого доказывания и лежит на нем и в силу ст. 302 ГК РФ с момента, когда он в процессе заявляет о своей добросовестности, и в силу ст. 234 ГК, когда он заявляет требование о признании за ним права собственности. Общая презумпция добросовестности, установленная п. 4 ст. 10 ГК, вопреки ошибочным представлениям, высказываемым в том числе некоторыми судами, не распространяется на специальные случаи добросовестности, предусмотренные ст. 302 и 234 ГК, и не затрагивает процессуальные нормы о бремени доказывания (см. также п. 37, 38 Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ № 10/22).

¹ Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. М., 2010. Нам неизвестны иные дефиниции добросовестности. И когда суды в отдельных решениях называют добросовестным поведение владельца, противоречащее этому определению, они избегают создавать иные дефиниции, что лишает нас возможности оценить их убедительность, а участников гражданских отношений — полагаться на них.

² Подробнее см.: Суханов Е.А. Вещное право: научно-познавательный очерк. М.: 2017. Автор обсуждает этот вопрос применительно к «осторожным попыткам» легализации владения. Об институте приобретения по давности он пишет: «Отечественное право при восстановлении приобретательной давности отказалось от традиционного подхода и перешло на позицию, близкую германскому праву, допустив приобретение права собственности по давности владения как недвижимой, так и движимой вещь только для добросовестного приобретателя».

В этих случаях возникает необходимость возвращения вещей в оборот.

С некоторыми оговорками уже признано приобретение по давности самовольных построек (п. 12 Обзора судебной практики ВАС РФ по некоторым вопросам применения арбитражными судами статьи 222 Гражданского кодекса Российской Федерации), но без придумывания добросовестности для владельца.

Причем речь при расширении узуктапии идет не столько и, во всяком случае, не только об интересах владельца, но прежде всего — об интересах оборота и бюджета. Как верно замечал Энгельман, в давности нет ни права, ни справедливости. Это — только требование здравого смысла (в частности, как говорили римские юристы, необходимость положить конец тяжбам). Одна из причин настойчивого стремления судов обнаружить у владельца всякий раз добрую совесть, которой у него нет, состоит как раз в том, что у приобретения по давности хотят отыскать справедливое основание, а его заведомо не существует. В результате формулируются ошибочные решения, подрывающие системные связи права.

22. Давно стала очевидной необходимость расширения действия узуктапии путем устранения реквизита добросовестности, как вариант — с увеличенным сроком давности для недобросовестных владельцев. Уже в процессе работы над поправками в ГК РФ в 2009 г. такое предложение было включено в проект поправок¹. Единственный аргумент против этого обычно состоит в том, что тем самым возникает защита вора. Однако никто не похищает вещи, чтобы обогатиться через 15 или 30 лет. Такой объект, как незаконное владение, хотя, возможно, и может квалифицироваться по главе УК РФ о хищении, но все же большой корысти не представляет.

В конечном счете защита частных интересов потерпевшего не в том, чтобы похититель не стал собственником по истечении длительного срока, а в том, чтобы имелись юридические средства для немедленного лишения его владения. А эти средства никак не затрагиваются. На самом деле действительно похищенные вещи не становятся предметом судебных споров в рамках ст. 234 ГК.

В этом отношении обсуждаемые нами казусы показывают, что во всех этих случаях защита в рамках узуктапии должна даваться без доброй совести (что на самом деле и составляет суть вопроса, стоящего перед КС), но нигде нет никаких признаков хищения.

¹ Подробнее см.: *Витрянский В.В.* Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. 2-е изд., испр. и доп. М., 2018.

23. Затянувшийся процесс принятия поправок в ГК РФ, пожалуй, дает основания для пересмотра ст. 234 ГК средствами создания судебных прецедентов. Но все же эти прецеденты, на мой взгляд, должны начинаться с усиления позиций незаконного владельца. В этом отношении можно указать на п. 17 Постановления № 10/22, суть которого состояла в расширении защиты незаконного владения, поскольку вообще расширение защиты, осуществляемой судами, дает больше возможностей судебному толкованию в руководящих разъяснениях судам, чем приобретение права, которое судами не осуществляется.

24. Впрочем, разъяснение, данное в п. 17 Постановления № 10/22, не было принято отечественными судами и они последовательно отказывают в признании и защите незаконного владения. В этом отношении поддержка КС имела бы громадное значение, однако в известных мне случаях КС не видел повода для применения своих полномочий для защиты владения, в том числе незаконного (фактического), как такового, вне споров с собственником.

25. Имеет смысл вспомнить, что незаконное владение — владение, осуществляемое не по воле собственника, тогда как законное владение — владение, осуществляемое по воле (или для) собственника. Об этом мне не раз приходилось писать¹. При этом возникновение незаконного владения означает, что вещь выбыла из оборота, так как незаконный владелец не может ею распоряжаться (при самом либеральном толковании — не имеет права отчуждения, но отчуждение/приобретение вещей — это и есть основной интерес оборота). Но пока вещь в законном владении, она находится в сфере власти собственника и, стало быть, из оборота не выбыла. Соответственно, нет оснований для приобретения ее любым иным лицом иначе, чем по воле собственника, в том числе — нет оснований для приобретения по приобретательной давности.

26. Пожалуй, колебания ВС РФ по части добросовестности в значительной мере объясняются (иначе они вообще необъяснимы) отказом суда от последовательного различения законного и незаконного владения вещью. Ведь легальное определение добросовестного приобретателя как лица, заблуждавшегося относительно права на отчуждение у продавца, при любом, сколь угодно расширительном, толковании меры заблуждения, однако твердо ограничивают сферу добросовестности только отношениями владельца с несобственником. Только такие владельцы — незаконные. Но вот если владелец имеет дело с собствен-

¹ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. С. 539 и сл.

ником, как в случае нарушения формы сделки, то вообще невозможно привлекать не только понятие добросовестности из ст. 302 или 234 ГК РФ для его расширения и искажения, но в принципе обсуждать добросовестность или недобросовестность: эти понятия система ГК для договорных отношений приобретателя с действительным собственником решительно исключает.

Прискорбно, что мы уже оказались в такой ситуации, когда простое сопоставление по правилам формальной логики норм ст. 301 ГК, в которой буквально указывается на незаконное владение, и ст. 302 ГК, в которой этому и только этому незаконному владению закон присваивает специальные качества добросовестного или недобросовестного по отношению к невладеющему собственнику¹, представляет трудности для наших судов, в том числе и СКГД ВС. Как известно, грань между правосудием, т.е. выполнением судами своих обязательств перед обществом, и произволом, т.е. нарушением этих обязательств, в техническом смысле состоит в соблюдении или несоблюдении правил логики при толковании закона. Правила логики при этом полагаются общеизвестными и не требующими специальных познаний, и они общеобязательны.

27. Здесь уместно расширить предмет обсуждения и задаться вопросом о пределах компетенции высшего суда и в первую очередь — КС РФ, поскольку речь идет о гарантиях собственника, закрепленных в ст. 35 Конституции РФ. Положения ст. 35 Конституции сформулированы шире, чем ст. 209 и иные нормы о собственности ГК.

28. Конституционные гарантии распространяются и на сделки об отчуждении вещи, поскольку именно они являются актами распоряжения правом. Конституционная защита состоит в признании и защите именно того содержания воли в формах, не нарушающих закон, которое было выражено собственником. В конкретных спорах воля собственника может сталкиваться с различными ограничениями и нарушениями третьими лицами и органами, которые имеют частный интерес в вещи либо основывают свое вмешательство на публичной компетенции, ссылаясь таким образом на публичный интерес. Поскольку такие нарушения основаны на законах, КС имеет компетенцию на проверку соответствия законов ст. 35 Конституции. Следовательно, предметом конституционной защиты является про-

¹ Ср.: «...Статья 302 ГК РФ определяет критерий добросовестности» (Саурин А.А. Право собственности в Российской Федерации: конституционно-правовые пределы реализации и ограничения. М., 2014. Гл. 2, § 3).

верка содержания закона в той его части, в которой затрагивается право на выражение свободной воли собственника в отношении его имущества.

Постольку, поскольку свобода воли собственника, связанная с его вещью, сталкивается со свободной волей иного частного лица, имеющего интерес в этой вещи, преимущество получает, в силу ст. 35 Конституции, воля собственника. Это преимущество основано на исключительности права собственности, что означает, что вещь может в любой данный момент времени принадлежать только одному лицу — собственнику. Все иные лица собственниками не являются, и их воля в отношении вещи либо подчинена воле собственника (упомянутые выше законные владельцы), либо должна уступать воле собственника. Обеспечение исключительности воли собственника, следовательно, составляет одну из важнейших конституционных гарантий права собственности.

29. Оставляя в стороне вопрос об отношениях собственника с законными владельцами, остановимся на его отношениях с незаконными владельцами, поскольку эти отношения неоднократно привлекали внимание КС, в том числе по той причине, что они неверно понимаются судами.

Незаконное владение не является каким-либо субъективным правом, вещным правом, не говоря уже о праве собственности. Поэтому конституционная защита этого права требует выхода за рамки ст. 35 Конституции, как, впрочем, и ст. 1 Протокола № 1 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

30. В тех случаях, когда КС все же защищал незаконное владение, оно обязательно увязывалось с доброй совестью и с регистрацией права. В Постановлении 6-П от 21 апреля 2003 г. позиция КС привела к установлению моментальной приобретательной давности путем изменения п. 2 ст. 223 ГК РФ — так законодатель понял его смысл (с 2020 г. норма отчасти скорректирована в п. 4 ст. 234 ГК). Тем самым смысл защиты добросовестного приобретателя состоял, видимо, в том, что его следует защищать как собственника с момента регистрации права собственности на недвижимость. Во всяком случае, то системное противоречие, что эта норма не распространялась на движимости, может быть объяснено лишь тем, что одной добросовестности мало для конституционной защиты незаконного владения, необходимо еще и государственное подтверждение права. Позиция ВС РФ и ВАС РФ, сформулированная в п. 34 Постановления № 10/22, не содержит таких условий и направлена на устранение известных искажений системы

права судами, когда смешивается реституция вещи (п. 2 ст. 167 ГК) и виндикация вещи (ст. 301 ГК). Для этого нет необходимости обсуждать наличие в незаконном владении признаков субъективного права. Хотя это решение является более логичным, чем позиция КС в Постановлении 6-П, нужно заметить, что оно, как представляется, не могло быть все же принято КС ввиду отсутствия достаточных оснований в Конституции.

31. Постановление КС № 16-П от 22 июня 2017 г., также защищающее добросовестного приобретателя, право которого уже зарегистрировано, однако, сосредоточено исключительно на спорах приобретателя с публичными юридическими лицами, защищающими публичное право собственности. Оно находится в соответствии с логикой ст. 1 Протокола № 1 в его толковании ЕСПЧ и исходит из того очевидного факта, что публичные органы обладают достаточными возможностями, чтобы не допустить незаконного отчуждения своего имущества, по сравнению с возможностями частных приобретателей узнать о незаконности такого отчуждения. Хотя в Постановлении обсуждается также норма п. 1 ст. 302 ГК в части квалификации утраты владения жилым помещением, независимо от высказанных суждений, сам по себе этот вопрос связан с достаточно сложным пониманием владения жилым помещением в здании, что уже обсуждалось выше.

32. Это Постановление подчеркивает также факт подтверждения государством зарегистрированного права, который в этом случае не только имеет сам по себе системное и конституционное значение, но и применительно к обстоятельствам спора лишает государственный орган возможности действовать в противоречии с государственным же подтверждением права.

33. В то же время упречность действий муниципального собственника, ненадлежаще осуществляющего свое право, которое также обсуждается в Постановлении КС № 16-П, в любом случае не приводит к пересмотру классического понятия отказа от права собственности и выходу за рамки ст. 236 ГК. Вывода о неконституционности этой нормы в той части, что она не дает права государственному органу отказаться от права собственности, в Постановлении не содержится ни прямо, ни косвенно. Фактическая же сторона казуса Дубовца и его главный вопрос, повторим, состоит в том, что публичный собственник утратил владение помещением без ясно выраженной воли на отказ от права, что не только исключает толкование его бездействия как отказ от права в смысле ст. 236 ГК, но при этом такое толкование

вступит и в противоречие со ст. 35 Конституции как гарантией исключительности права собственности.

34. На мой взгляд, отсутствие в праве РФ владельческой защиты и юридического признания владения свидетельствует о серьезном цивилизационном отставании российской системы права (вспомним, что И. Покровский называл владельческую защиту кульминационным пунктом идеи личности). Этот факт дает достаточные основания для расширения объекта конституционной защиты собственности до владения. Однако норма ст. 35 Конституции в любом случае отдает приоритет защите права собственности, поэтому такое расширение не может не отдавать приоритет признанию и защите права.

35. Но владение как правовая ценность не связано с добросовестностью, которая главным образом характеризует отношения владельца с собственником. Владение должно признаваться и защищаться само по себе, независимо от идеологического обоснования, которое может быть как защитой гражданского мира, так и защитой потенциального собственника.

35.1. Как уже говорилось, до сих пор КС не видел необходимости в защите владения. Если же настал момент пересмотреть эту практику, то оправданным, придется повторить, должна быть только позиция признания и защиты владения как факта, владения как исключительной и признаваемой законом фактической позиции. В этом отношении обсуждаемый спор не представляется релевантным, поскольку владельцу (В.В. Волкову) не угрожают третьи лица, и речь не идет о защите его от самоуправства, в том числе — со стороны номинального собственника. Характерно в этом отношении, что собственник (либо его правопреемники) не указан истцом в качестве ответчика, что вступает в противоречие с законом и его разъяснениями (п. 19 Постановления № 10/22), в соответствии с которым спор о признании права собственности в рамках ст. 234 ГК ведется именно с собственником.

Итак, владельческой проблематики в этом споре не усматривается, и привлечение ее для поиска решения едва ли уместно.

36. Вопрос о добросовестности владельца мог бы иметь юридическое значение, если бы речь шла об истребовании вещи. В данном случае такого спора нет. Однако, во всяком случае, здесь нет и добросовестности как извинительного заблуждения в фактах, поскольку владелец все факты понимает правильно. А заблуждение в праве никогда не может пониматься в смысле добросовестного поведения, и мы едва ли можем допустить, что у суда есть намерение и есть компетенция для пересмотра этого понятия, основанного, в свою очередь, на фун-

даментальном правиле: лица (шире — участники правоотношений) знают закон.

Допускается только заблуждение касательно фактов. Именно отношение лица к фактическим обстоятельствам составляет суть добросовестности как в рамках виндикации, так и в более широком ее понимании. Например, такая ее форма, как доверие к контрагенту при собственной неосмотрительности, что является наиболее частым вариантом проявления принципа добросовестности за рамками ст. 302 ГК, охватывает только факты, включая сюда и личные качества участников. Ошибка в праве не может быть добросовестной в любом случае. Колебания российских судов в этом вопросе должны быть скорректированы Конституционным Судом. Добросовестного нарушения закона быть не может.

37. Впрочем, коль скоро затронут вопрос о добросовестном владении как объекте конституционной защиты, необходимо отметить, что вызвавшая серьезные сомнения, чтобы не использовать более сильные выражения (они, впрочем, использовались при обсуждении этого казуса, в том числе в СМИ), позиция СКГД ВС, настойчиво выраженная в ряде определений, отменявших судебные акты, решавшие спор иначе, состоит как раз в отказе от защиты добросовестного владения путем прямо выраженного запрета обсуждать добрую совесть приобретателя. В обсуждаемом деле покупатель квартиры Р. Куликов приобрел ее у застройщика, право на отчуждение которого подтверждалось судебным актом; право собственности Куликова было зарегистрировано¹. СКГД ВС отказалась обсуждать не только правомерность лишения собственника зарегистрированного права при отсутствии с его стороны какого-либо правонарушения, но и его добросовестность, вместо этого сославшись на спорные отношения между третьими лицами — застройщиками, которые были уже предметом судебного спора, урегулировавшего эти отношения, и, ссылаясь на эти отношения, как будто судебного акта, прекратившего спор, и не было, признал право собственности на уже проданную и переданную квартиру за контрагентом одного из застройщиков. КС не увидел здесь нарушения ст. 35 Конституции.²

¹ Некоторые аспекты дела подробнее анализируются в: *Скловский К.И.* Приобретение права собственности покупателем недвижимости и его судебная защита // Вестник экономического правосудия. 2019. № 10.

² Определение КС № 3460-О от 19 декабря 2019 г. по жалобе Р. Куликова. В определении основные аргументы жалобы, впрочем, не обсуждались вовсе.

37.1. Между тем, данная позиция СКГД ВС, что вполне очевидно, лишает добросовестность владения какого-либо юридического значения. Если КС не считает эту практику противоречащей Конституции, то сама по себе постановка вопроса в казусе Волкова о расширении значения добросовестности за ее прежние пределы, перемещение вопроса о добросовестности в отношения, когда владелец, во-первых, не лишается владения, а во-вторых, допустил нарушение закона (в данном случае, будем считать, хотя суд этого прямо и не сказал, – в части формы сделки), вызывает сомнения не только в актуальности проблемы, хотя это, конечно, вопрос личной оценки. Гораздо важнее, что если в обществе подорвано, как хорошо известно, доверие к судам, прежде всего в силу широкого распространения убеждения в произвольности решений судов, то при этом произвольность и непоследовательность подхода к действительно острой проблеме защиты добросовестного владения никак не усиливает авторитета судебной власти, особенно если это проявляется в практике ее высшего органа.

38. Возвращаясь к нашему обсуждению, заметим, что перед КС в казусе Волкова ближайшим образом стоит необходимость дать оценку следующей позиции ВС: «Отсутствие надлежащего оформления сделки и прав на имущество применительно к положениям статьи 234 Гражданского кодекса Российской Федерации само по себе не означает недобросовестности давностного владельца. Напротив, данной нормой предусмотрена возможность легализации прав на имущество и возвращение его в гражданский оборот в тех случаях, когда переход права собственности от собственника, который фактически отказался от вещи или утратил к ней интерес, по каким-либо причинам не состоялся, но при условии длительного, открытого, непрерывного и добросовестного владения.

Наличие возможности предъявить иные требования, в частности о понуждении к заключению сделки, о признании сделки действительной, о регистрации сделки или права собственности, о признании права собственности на основании сделки и т.п., само по себе не исключает возможности приобрести право собственности в силу приобретательной давности при наличии соответствующих условий»¹.

¹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 17 сентября 2019 г. № 78-КГ19-29. Она не единична: «Для приобретения права собственности в силу приобретательной давности не является обязательным, чтобы собственник, в отличие от положений статьи 236 Гражданского кодекса Российской Федерации, совершил активные действия, свидетельствующие об отказе от собствен-

38.1. Но нарушение предписаний закона о форме сделки с недвижимостью (ст. 550 ГК РФ в действующей редакции) исключает заблуждение в фактах. Тем самым вывод суда о доброй совести при получении вещи с нарушением формы сделки представляется неприемлемым, поскольку допускает квалификацию нарушения закона, о котором нарушитель знает в момент нарушения, как добросовестное поведение. Между тем, из п. 3 ст. 1 ГК следует, что добросовестность необходима при осуществлении прав и выполнении обязанностей. Если соблюдение формы сделки является обязанностью, что едва ли может быть оспорено, то невыполнение этой обязанности уже не может квалифицироваться как добросовестное, впрочем, как и недобросовестное. Такое поведение является незаконным, и к нему не применимы правила, применимые как к добросовестному, так и недобросовестному поведению. Следовательно, не применима и норма ст. 234 ГК.

39. Нужно повторить, что иной вывод будет опираться на равно абсурдную и невозможную формулировку принципа: *добросовестность требуется как при выполнении обязанности, так и при ее нарушении*. Именно такое недопустимое суждение лежит в основании цитированной выше позиции СКГД ВС.

40. Нарушение формы сделки с недвижимостью, однако, нуждается в более подробном обсуждении само по себе.

В силу п. 2 ст. 162 ГК РФ нарушение формы сделки влечет ее недействительность, если таково указание закона. Статья 550 ГК указывает на недействительность договора купли-продажи недвижимости, заключенного с нарушением формы. Но в силу п. 1 ст. 168 ГК для уничтожения силы договора необходим судебный спор, причем требования истца в споре о недействительности сделки утрачивают значение при исполнении недействительной сделки в силу п. 5 ст. 166 ГК. Хотя эти нормы к обсуждаемым делам могут применяться с известными оговорками в части обратной силы закона, они, тем не менее, составляют существо проблемы, поскольку выступают как различные проявления принципа добросовестности (вне сферы ст. 302 ГК, нужно повторить

ности или объявил об этом. Достаточным является то, что титульный собственник в течение длительного времени устранился от владения вещью, не проявляет к ней интереса, не исполняет обязанностей по ее содержанию, вследствие чего вещь является фактически брошенной собственником.

Осведомленность давностного владельца о наличии титульного собственника сама по себе не означает недобросовестности давностного владения» (Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 10 марта 2020 г. № 84-КГ20-1).

для тех, кто не различает специальных проявлений общего принципа¹), а он, несомненно, не ограничивается правилами о действии закона во времени.

Следовательно, мы должны исходить из того, что без судебного решения о недействительности сделки договор, исполненный истцом (либо если истец хотя бы принял исполнение ответчика), сохраняет действие.

41. На первый план выступает вопрос, имеет ли сторона договора купли-продажи недвижимости (обычно — покупатель) иск о придании договору надлежащей формы по аналогии с нормой ст. 165 ГК.

41.1. Ситуация существенно затрудняется, если имеется или тем более не имеется правопреемства на стороне ответчика. Но подобный вопрос был предметом обсуждения применительно к регистрации права на недвижимость и был решен таким образом, что если договор исполнен, то регистрация права производится судом по заявлению покупателя (п. 62 Постановления № 10/22), независимо от юридического существования другой стороны.

42. Таким образом, перед нами остается вопрос, допустим ли спор в случае уклонения другой стороны договора или заявление в случае ее отсутствия о надлежащей форме договора. Такой иск, видимо, не ограничен исковой давностью, поскольку здесь речь не о нарушении субъективного гражданского права (ст. 195 ГК)², а притязание, имеющее природу заявления о признании права (ст. 11 ГК), которое, во всяком случае для владельца, исковой давностью не ограничивается (п. 57 Постановления № 10/22).

43. С практической точки зрения предметом этого иска может быть регистрация права собственности за истцом (заявителем), а судебное решение, в котором будет дана оценка содержанию договора, сделает излишним придание договору формы документа.

43.1. Признание допустимости такого иска (заявления), прямо законом не предусмотренного, требует компетенции высшего судебного органа. Коль скоро ВС, как мы видим, не отрицая возможности подобного спора, все же не создал соответствующей правовой позиции, ее может создать КС, видимо, в рамках толкования ст. 45, 46 Конституции.

¹ На необходимость такого различия обращает внимание п. 1 Постановления Пленума ВС РФ № 25.

² Не будем вдаваться в вопрос, имеется ли вообще субъективное право стороны сделки на форму договора, который крайне осложнен тем фактом, что отсутствие формы является следствием поведения обеих сторон договора.

44. Нужно отметить, что вывод о сохранении правоотношения между продавцом и покупателем (включая сюда и правопреемников) до придания договору законной формы означает, что вещь находится в законном владении покупателя, так как продавец передал ее ему по своей воле до завершения сделки (очевидное подразумеваемое условие). Это законное владение не может перейти в незаконное, пока сделка не признана недействительной. Между тем, получение права собственности на вещь по узукапии возможно только для незаконного владельца (независимо от того факта, что только незаконный владелец может быть добросовестным). Поэтому все попытки распространить на эти отношения нормы о завладении бесхозной вещью принципиально невозможны — *владелец бесхозной вещи никогда не может получить ее по воле собственника (и вообще по сделке)*.

Эти положения невозможно отбросить, не отбросив саму суть ст. 35 Конституции, защищающую именно волю собственника.

45. Норма ст. 234 ГК РФ в ее нынешней редакции, придется повторить, имеет только субсидиарное действие по отношению к нормам о первоначальном приобретении права собственности, в том числе на находку или завладение бесхозной вещью и др., не затрагивая при этом ни условий ст. 234 ГК, ни условий ст. 225 ГК. Сама по себе основа для их сближения, как уже говорилось, состоит в том, что добросовестность получения владения вещью не является на самом деле исключительным условием приобретения по давности. Следовательно, сближение этих механизмов возможно только на пути отбрасывания добросовестности, но никак не придумывания доброй совести для тех отношений, где ее нет.

46. Одним из вопросов, который стоит перед КС, является вопрос, следует ли дополнить перечень договоров, указанных в п. 15 Постановления № 10/22 и исключающих приобретение по давности, также и договором купли-продажи.

Естественно, авторы Постановления не могли не заметить этого договора. Чтобы понять, почему он не был включен в п. 15, нужно вернуться к условиям ст. 234 ГК РФ, которые толкуются в п. 15 Постановления № 10/22. Добросовестность, как она излагается в ст. 302 ГК, состоит в извинительном заблуждении приобретателя относительно такого порока сделки по приобретению вещи, как отсутствие у продавца (отчуждателя) права на отчуждение. Тем самым мы получаем фактическое основание приобретения по давности, которое включает: договор купли-продажи покупателя (приобретателя), получение владения по этому договору с извинительным

заблуждением относительно того, что отчуждатель не имел права на отчуждение (снова замечу, что это заблуждение касается факта, так как отсутствие права покупателя на отчуждение вещи — следствие определенных фактических обстоятельств, которые не были известны покупателю и не могли быть им установлены при обычной осмотрительности). Итак, договор купли-продажи лежит в основании приобретения по давности и потому, казалось бы, не может быть указан среди договоров, исключающих приобретение по давности. Однако отсутствие у продавца права на отчуждение вещи означает, что он распорядился чужой вещью, что нарушает право собственности как исключительное право (ст. 209 ГК) и влечет недействительность договора (ст. 168 ГК). Этот договор ничтожен по п. 2 ст. 168 ГК, как нарушающий права третьего лица (собственника). В момент принятия Постановления он был ничтожен в силу п. 1 ст. 168 ГК. Вместе с тем, хотя ничтожный договор недействителен независимо от решения суда (п. 1 ст. 166 ГК), признание его недействительным возможно только решением суда, тем более что, поскольку речь идет о заблуждении в факте, факт отсутствия права на отчуждение является не очевидным и тем самым спорным. Практически это означает, что стороны договора не могут относиться к договору купли-продажи как к недействительному, пока не имеется соответствующего судебного решения¹. При этом недействительность договора может быть установлена судом как по иску собственника в рамках ст. 168 ГК, так и в рамках спора о приобретении права собственности по давности, при установлении состава, предусмотренного ст. 234 ГК. При таких обстоятельствах указание в п. 15 Постановления договора купли-продажи никак не отвечало задачам разъяснения закона, так как связь этого договора с узупапией зависит, во-первых, от его действительности или недействительности, а во-вторых, от основания недействительности. Именно по этой причине, т.е. в силу ряда дополнительных обстоятельств купли-продажи, которые уже были изложены в п. 15, надо полагать, договор купли-продажи и не был указан среди иных сделок с собственником.

46.1. На самом деле действительный договор купли-продажи, как и прочие договоры владельца с собственником, конечно, исключает добросовестность приобретателя, поскольку у него нет заблуждения в факте принадлежности вещи продавцу. Собственник ему известен.

¹ Подробнее см.: *Скловский К.И.* Запрет продажи чужого и реформирование ГК // *За-кон.* 2018. № 12.

47. Но проблема гораздо глубже. Она состоит в том, может ли приобрести по давности законный владелец вещи, поскольку к этому пришла та практика СКГД ВС, которая приведена выше.

Отбрасывание реквизита добросовестности в ст. 234 ГК, о чем уже говорилось, основано, тем не менее, на том, что вещь уже находится в незаконном владении¹ и иначе, как по узукапии, не может быть возвращена в оборот.

48. Но законный владелец вообще не является ни добросовестным, ни недобросовестным, так как он связан с собственником тем или иным договором (такие категории законного владения, как владение опекуна и некоторые другие, когда владение устанавливается не по договору с собственником, а для собственника, опустим, как не вызывающие затруднений: в этих случаях владелец не имеет интереса в вещи). Иными словами, у него есть права и обязанности по поводу вещи перед собственником, и осуществление этих прав и обязанностей выступает как одна из форм пребывания вещи в гражданском обороте по воле собственника (арендатор обязан выплачивать арендную плату, хранитель — хранить вещь, перевозчик — перевозить ее и т.д.). Вещь не нужно возвращать в оборот, так как она в нем остается так, как того желает собственник, и ее пребывание в обороте обеспечивает интерес собственника в его вещи определенным им образом. Законный владелец может, видимо, недобросовестно осуществлять свои права и обязанности, что влечет последствия, предусмотренные п. 4 ст. 1, ст. 10 ГК. Добросовестное их осуществление не влечет никаких вещных последствий, но только те, которые указаны в договоре: это только договорные, обязательственные последствия. В любом случае эта добросовестность или недобросовестность не является той специальной добросовестностью, которая описана для незаконного владельца в ст. 301–302 ГК.

48.1. Исходя из сказанного, распространение приобретательной давности на законное владение будет означать вмешательство в договорные отношения между собственником и лицами, которым он передал вещь по договору, что недопустимым образом противоречит исключительности права собственности и всей системе частного права как права, регулирующего гражданский оборот (ст. 2 ГК). Такое тол-

¹ Ср.: условием узукапии является владение, которое «не должно иметь юридического титула, т.е. владение является незаконным» (Статья 234 // Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (Гришаев С.П., Богачева Т.В., Свит Ю.П.) // СПС «КонсультантПлюс»).

кование права следовало бы признать, несомненно, категорически недопустимым.

49. Тем самым возможность приобретения права собственности по приобретательной давности покупателем по действительному договору купли-продажи принципиально исключена. Покупатель может приобрести это право только на условиях самого договора, который, пока он сохраняет действие, в силу п. 2 ст. 218 ГК является единственным основанием приобретения права собственности.

50. Если суть приобретательной давности состоит в лишении собственника его права помимо его воли, то приобретение права собственности по действительному договору купли-продажи состоит в приобретении покупателем права собственности в соответствии с волей собственника. Эти два механизма решительно исключают друг друга.

Снова приходится выразить сожаление, что имеется нужда в объяснении этой фундаментальной истины.

51. Попутно заметим, что препятствия в получении права собственности, которые приобретатель вещи от собственника не может устранить собственными действиями, если сделка действительна, указывают на нарушение им закона и/или его договорных обязательств. Выше анализировались случаи нарушения обеими сторонами правил о форме сделки и о путях преодоления этого нарушения путем обращения в суд. Можно также указать на иные нарушения, скажем, нарушение обязательств покупателя по оплате вещи (такое нарушение едва ли может быть преодолено).

52. Ведь назначение сделки купли-продажи – перенос права собственности, что обеспечивается всей системой ГК путем достаточно сложного и внутренне сбалансированного механизма передачи права. На какие-либо противоречия в нем обсуждаемые судебные акты СКГД ВС не указали. Между тем, если сделка действительна, то средства приобретения права находятся только и исключительно в возможностях этого механизма. Произвольное вмешательство в него, как это имеет место в указанных выше решениях ВС, существенным образом разрушает этот механизм, причем не важно, какими мотивами при этом руководствовался суд.

53. Попытки обнаружить добрую совесть в отношениях между сторонами сделки купли-продажи недвижимости, нарушившими форму сделки, в отношениях по завладению бесхозной вещью и других приведут, снова повторим, к разрушительным следствиям для всей системы гражданского права, поскольку лишат принцип добросовестности всякой определенности и станут основой дальнейшего произвола судов

в его применении, произвола, который сегодня уже приобрел громадный размах и угрожает целостности системы права. В этом отношении крайне желательны совершенно противоположные подходы высших судебных инстанций – формирование правовых позиций, в которых принцип добросовестности толкуется в его рамках, указанных в законе (ст. 1 ГК) путем конкретизации его в судебных актах указанием на ясный юридический состав¹.

54. Выраженная в п. 1, 8 и других Постановления Пленума ВС РФ № 25 тенденция к ограничению произвольного толкования этого принципа заслуживает поддержки, однако чрезмерная осторожность выражения этой тенденции пока не привела к уменьшению судебного произвола в применении принципа добросовестности. Требуется, следовательно, поддержка КС в том же направлении.

55. Приведенные выше казусы не позволяют обнаружить какого-либо последовательного проведения СКГД ВС толкования добросовестности приобретателя: от ее полного отрицания, причем многократно подтвержденного, т.е. явно не случайного, в деле Куликова до расширения в то же время без ясно обозначенных критериев в определениях СКГД ВС от 20 марта 2018 г. № 5-КГ18-3, 10 марта 2020 г. № 84-КГ20-1, 17 сентября 2019 г. № 78-КГ19-29, когда она применяется вопреки содержанию закона и к законным владельцам и к правам вместо вещей, но также и при вполне корректном ее понимании в деле Волкова (с оговорками в части нарушений истцом п. 19 Постановления № 10/22, не указанных в определении ВС).

Действительно, налицо необходимость вмешательства КС.

Наиболее важным, что мог бы сделать КС в деле Волкова, совершенно необходимым, на мой взгляд, был бы критический анализ любых суждений, основанных на абсолютно неприемлемых идеях, согласно которым (1) добросовестность якобы может быть при нарушении закона, в том числе и о том, что субсидиарное применение ст. 234 ГК к приобретению права на бесхозяйную вещь, клад, находку и т.д. якобы означает возникновение добросовестности у владельцев, (2) бесхозяйная вещь может быть якобы получена владельцем по воле собственника или вообще по договору.

Но еще более важным являлась бы критика расширения приобретения по давности на законных владельцев, т.е. тех, кто владеет вещью по действительному договору с собственником.

¹ Подробнее см.: *Скловский К.И.* Сделка и ее действие (4-е изд., доп.). Комментарий главы 9 ГК РФ. Принцип добросовестности. М., 2019.

Было бы желательным поддержание идеи законопроекта, в которой выражено мнение всех ведущих российских цивилистов, об исключении реквизита добросовестности из нормы ст. 234 ГК, в том числе – разрешение возникших казусов на основе этой идеи.

Вполне уместным и желательным было бы также создание правовой позиции, дающей право владельцу вещи, полученной по исполненному им договору купли-продажи, восполнить нарушение формы договора аналогично механизму ст. 165 ГК, п. 62 Постановления Пленума ВС и ВАС РФ № 10/22.

*Шелютто Марина Львовна,
ведущий научный сотрудник Института
законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации,
кандидат юридических наук*

Об обращении взыскания на домашних животных, не используемых в предпринимательской деятельности

В цивилизованном мире животные как просто движимое имущество более не рассматриваются.

Нормы ГК РФ при регулировании гражданско-правовых последствий безнадзорности домашних животных и ненадлежащего обращения с ними учитывают такие особенности домашних животных, как их нуждаемость в надзоре, содержании, требование гуманного отношения к ним и даже — в случае явки прежнего собственника безнадзорных животных — их привязанность к бывшему хозяину (упоминание такой привязанности см. в п. 2 ст. 231). В частности, предусмотрены обязанности лица, задержавшего безнадзорных домашних животных, обязанности лица, которому они переданы на содержание и в пользование, розыск собственника безнадзорных домашних животных, приобретение права собственности на безнадзорных животных, возмещение расходов на их содержание и вознаграждение за них (ст. 230–232), прекращение права собственности на домашних животных при ненадлежащем обращении с ними путем их выкупа (ст. 241). В качестве меры предотвращения безнадзорности домашних животных на случай смерти хозяина допускается завещательное возложение по уходу и надзору за ними (п. 1 ст. 1139).

С точки зрения российского гражданского права животные, включая домашних, являются объектами гражданских прав, а их особые свойства определяют то, что общие правила об имуществе применяются к животным лишь постольку, поскольку законом или иными правовыми актами не установлено иное (ст. 137 ГК РФ). Это положение может быть истолковано двояко: животные либо не признаются имуществом, но на них распространяется режим имущества с определенными изъятиями из него, либо выступают своеобразным видом имущества. Совокупность указанных правил ГК РФ позволила

Е.А. Суханову сделать вывод о выделении в отечественном гражданском праве особой категории одушевленных вещей¹.

Пересмотр подхода к животным в гражданском законодательстве целого ряда зарубежных государств был более решительным.

Первоначально в кодифицированные акты гражданского законодательства Австрии (1988 г.)², ФРГ (1990 г.)³, Швейцарии (2002 г.)⁴ были внесены положения о том, что: а) животные не являются вещами (*Tiere sind keine Sachen*) и б) правила, относящиеся к вещам, применяются к животным только в том случае, если отсутствует специальное регулирование.

В части первой ГК РФ оказалось отражено второе из двух этих положений, логически связанных между собой. Заявления о том, что животные не являются вещами (имуществом), сделано не было. Возможно, такое отрицание не состоялось, потому что за ним последовал бы вопрос о сущности животных как объектов гражданских прав — о том, что же, собственно, это такое, если не имущество. Иными словами, негативное суждение, выраженное в законе, потребовало бы рано или поздно определиться с позитивным раскрытием понятия, к чему, по-видимому, в момент принятия части первой ГК РФ не были готовы.

За указанными выше зарубежными государствами, провозгласившими, что вещами животные не являются, последовали Каталония (2006 г.)⁵, Нидерланды (2011 г.)⁶. Применение правил о вещах к животным в Каталонии допустили только в той мере, в которой это не противоречит природе животных, а в Нидерландах обусловили соблюдением ограничений, обязательств и правовых принципов, основанных на нормах закона и неписаного права, а также публичного порядка

¹ См.: Гражданское право: В 2 т. Т. I: Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1998. С. 312 (автор гл. 9 — Е.А. Суханов).

² См.: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, § 285a. URL: <https://www.ris.bka.gv.at/Gelten-de/Fassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>

³ Bürgerliches Gesetzbuch, § 90a. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_90a.html

⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch, § 641a. URL: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/202001010000/210.pdf>; Michel M. and Schneider Kayasseh E.S. The Legal Situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back — Many Steps to go // Journal of Animal Law. 2011. Vol. VII. P. 19–20. URL: <https://www.afgoetschel.com/de/downloads/legal-situation-of-animals-in-switzerland.pdf>

⁵ Código Civil de Cataluña, art. 511-1 URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-11130>

⁶ Burgerlijk Wetboek, art. 3:2a. URL: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005291/2020-01-01>

и общественной морали. Этим положениям примерно соответствует включенный в ГК РФ запрет жестокого обращения с животными.

В ГК Чехии (2012 г.)¹, Франции (2015 г.)², Квебека (2015 г.)³, Колумбии (2016 г.)⁴ пошли еще дальше. В них не просто отрицается, что животные являются вещами, и потому установлено, что правила о вещах применяются к животным только при определенных условиях, но прямо указано, что животные – живые существа, одаренные (наделенные) чувствами, чувствующие существа: *smysly nadaný živý tvor* (чешск.), *des êtres vivants doués de sensibilité* (фр.), *sentient beings* (англ.), *seres sintientes* (исп.)⁵. Этому предшествовала ст. 13 Договора о функционировании Европейского Союза (в редакции Лиссабонского договора 2007 г.)⁶, которая основана на признании животных чувствующими существами.

В России близкое по смыслу положение недавно было включено в Федеральный закон от 27 декабря 2018 г. № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон об ответственном обращении с животными), согласно ст. 4 которого животные – это существа, способные испытывать эмоции и физические страдания.

Человек может иметь самых разных животных и в совершенно разных целях. Здесь пойдет речь только о неиспользуемых в предпринимательстве сельскохозяйственных животных и животных-компаньонах (домашних питомцах), принадлежащих физическому лицу-должнику, который не исполнил добровольно требования, содержащиеся в исполнительном документе.

В России домашние питомцы как объекты права собственности должника (за определенными исключениями, о которых будет далее сказано) могут быть, во-первых, арестованы, т.е. включены в опись имущества, распоряжаться которым должник не вправе, во избежание

¹ Nový Občanský zákoník, § 494. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89>

² Code civil, art. 515-14. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2015/2/16/2015-177/jo/article_2

³ Code civil du Québec, art. 898.1. URL: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/ccq-1991>

⁴ Código civil colombiano, art. 655. URL: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201774%20DEL%206%20DE%20ENERO%20DE%202016.pdf>

⁵ См. подробнее: Comparative Property Law: Global Perspectives / Ed. by M. Graziadei and L. Smith. Edgar Elgar, 2017. P. 59-60.

⁶ URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

их сокрытия, отчуждения, уничтожения и в целях побуждения должника к погашению долга (при этом оставлены на хранение у хозяина или изъяты и переданы на хранение иному лицу) и, во-вторых, реализованы в погашение долга.

Наложение ареста на имущество, его изъятие и передача на хранение в ходе исполнительного производства представляют собой исполнительные действия, которые совершаются судебным приставом-исполнителем в целях создания условий для применения мер принудительного исполнения, а равно понуждения должника к полному, правильному и своевременному исполнению требований, содержащихся в исполнительном документе (п. 7 ч. 1 ст. 64 Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве», далее – Закон об исполнительном производстве).

Обращение взыскания на имущество должника – мера принудительного исполнения. Она заключается в принудительном изъятии имущества у собственника и (или) его реализации, осуществляемой должником самостоятельно, или принудительной реализации либо передаче имущества взыскателю во исполнение требований исполнительного документа (ч. 1 ст. 69 Закона об исполнительном производстве). Обращение взыскания на имущество выступает одним из оснований прекращения права собственности (подп. 1 п. 2 ст. 235, 237 ГК РФ).

В перечне имущества гражданина-должника, на которое не может быть обращено взыскание, в настоящее время фигурируют племенной, молочный и рабочий скот, олени, кролики, птица, пчелы при условии, что они используются для целей, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности: на указанных животных по долгам их хозяина обратить взыскание нельзя. Нельзя обратить взыскание также на имущество, в том числе животных, которое необходимо должнику из-за инвалидности. Соответственно на всех других домашних животных, хотя и не используемых для целей, связанных с предпринимательской деятельностью, в том числе на домашних питомцев, обратить взыскание в настоящее время можно.

Регулирование обращения взыскания на животных по долгам их хозяина претерпело некоторые изменения по сравнению с советским периодом. Во время действия ГПК РСФСР 1964 г. должник, основным занятием которого являлось сельское хозяйство, мог рассчитывать на сохранение единственной коровы, при отсутствии коровы – единственной телки, в хозяйствах, не имевших ни коровы, ни телки, – единственной козы, овцы или свиньи. Если должник был колхозником,

то ему оставляли, кроме того, овец, коз и свиней в пределах половины нормы, установленной для колхозного двора уставом колхоза (в первоначальной редакции уставом сельскохозяйственной артели), и домашнюю птицу. В таежных и тундровых районах Крайнего Севера обратиться взыскание было нельзя на маточный состав и молодняк оленей, а также ездовых оленей в количестве 25 голов на хозяйство (Приложение № 1 к ГПК РСФСР 1964 г.). Эти нормы были призваны не допустить смерть от голода должника и членов его семьи после обращения взыскания на имущество должника¹.

Домашние питомцы в указанном перечне не упоминались, но и практики обращения взыскания на кошек, собак, попугаев, аквариумных рыбок и прочих животных-компаньонов по долгам хозяина в советское время не было, во всяком случае, нам о ней неизвестно, хотя в домашних условиях тогда тоже жили самые разные представители фауны².

Сообщения о наложении ареста в ходе исполнительного производства на домашних питомцев участились в последние годы. В связи с вопросом о широко освещавшемся в 2010 г. аресте судебным приставом-исполнителем кота породы сфинкс по кличке Лексус в Кемеровской области А.О. Парфенчиков, будучи в тот период директором ФССП — главным судебным приставом Российской Федерации, сетовал на отсутствие методических рекомендаций по вопросам обращения взыскания на домашних животных, но в принципе в отношении дорогостоящих экземпляров приветствовал его, указывая в качестве образца на законодательство Германии³.

Арест и сама по себе угроза изъятия домашнего питомца — действенные способы психологического давления на должника, его понуждения к исполнению требований исполнительного документа. Поэтому судебные приставы, резонно рассчитывая на неосведомленность

¹ Перечисление животных, на которые нельзя было обратиться взыскание ранее, по ГК РСФСР 1923 г. в первоначальной редакции и с учетом вносившихся в него изменений, см.: *Глинка Г.Г., Шварц О.А.* Исключения из конкурсной массы при банкротстве при банкротстве физического лица в России и США: сравнительно-правовое исследование // *Предпринимательское право. Приложение «Право и бизнес»*. 2015. № 4. С. 48–59.

² См., например: *Чаплина В.В.* Кинули. М., 1941; информацию о животных в семье Л.Л. и Н.П. Берберовых в 1970-х гг. URL: <https://rep.ru/articles/1047-tragicheskaya-istoriya-znamenitoy-semi-berberovih-poselivshih-lva-v-obichnoj-kvartire-kak-disneevskaya-skazka-obernulas-koshmarom/>

³ Естественный отбор. Главный судебный пристав рассказал, как будут изымать зрячье имущество // *Российская газета*. 2010. 2 апреля. URL: <https://rg.ru/2010/04/02/dz.html>

населения о содержании ч. 1 ст. 446 ГПК РФ, прибегают к аресту и тех животных, в отношении которых установлен имущественный иммунитет, хотя в отличие от кота, собаки и попугая обратиться за взысканием на теленка и коня¹ и сейчас уже нельзя и соответственно за их включением в опись прекращение права собственности хозяина последовать не может.

С одной стороны, ГК РФ (ст. 137) указывает на недопустимость жестокого обращения с животными, а Закон об ответственном обращении с животными (ст. 4) провозглашает, что обращение с животными основывается на нравственных принципах и принципах гуманности, включая отношение к животным как к существам, способным испытывать эмоции и физические страдания.

С другой стороны, существующее в России регулирование исполнительного производства по-прежнему основано на архаичной концепции, согласно которой животные являются лишь объектами вещных прав, соответственно оно допускает проявления жестокости по отношению к домашним животным в интересах взыскателей и не учитывает научно доказанные биологическими и психологическими исследованиями современные представления о личной эмоциональной связи домашнего животного и его владельца².

Вопрос, однако, не сводится к жестокому обращению только с домашними животными, речь идет одновременно о жестоком обращении с людьми — должником и членами его семьи.

В российском законодательстве об исполнительном производстве провозглашен принцип уважения чести и достоинства должника (п. 3 ст. 4 Закона об исполнительном производстве). Подразумевается недопустимость оскорблений должника, насильственных действий в его отношении. Причинение страданий в связи с применением угрозы по изъятию домашних питомцев — тоже насилие над личностями должника и членов его семьи, носящее психологический характер.

Оказание психологического давления на должника запрещено кредитору и лицу, действующему от его имени и (или) в его интересах, когда они предпринимают действия по возврату просроченной задолженности (п. 4 ч. 2 ст. 6 Федерального закона от 3 июля 2016 г.

¹ URL: <https://pravo.ru/news/view/26736/>; <https://nsk.aif.ru/society/1216934>

² См., например: *The Waltham Book of Human-Animal Interaction: Benefits and Responsibilities of Pet Ownership* / Ed. by I. Robinson. 1995. 148 p.; *Шукова Г.В. Межвидовое взаимодействие человека: итоги и перспективы исследования // Ученые записки Забайкальского государственного университета. Серия: Педагогические науки. 2013. № 5 (52). С. 103–110.*

№ 230-ФЗ «О защите прав и законных интересов физических лиц при осуществлении деятельности по возврату просроченной задолженности и о внесении изменений в Федеральный закон «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях»»). Однако от того, что психологическое давление исходит от судебных приставов-исполнителей, свое качество насилия оно не утрачивает.

Наложение ареста на домашних питомцев, не используемых в предпринимательстве, и обращение на них взыскания не соответствуют нормам об обращении с животными, закрепленным в ГК РФ и Законе об ответственном обращении с животными, и принципам исполнительного производства, предписывающим уважение человеческого достоинства людей.

Вследствие гуманизации отношения и к домашним животным, и к людям в целом ряде государств нормы об обращении взыскания на домашних питомцев по исполнительным документам были пересмотрены или пересматриваются.

В отношении сельскохозяйственных животных, правда, в ФРГ, например, сохраняется пока правило, согласно которому взыскание не обращается только на мелких животных (т.е. кур, индюков, гусей, кроликов и т.п.), а также на одну молочную корову или вместо нее по выбору должника на две (в общей сложности) свиньи, козы или овцы, если эти животные необходимы для пропитания должника, его семьи и помощников в ведении домашнего хозяйства, сельского хозяйства или занятия торговлей (§ 811 (3) Гражданского процессуального кодекса 1877 г.¹), но норму немецкие специалисты считают устарелой².

В отношении же домашних питомцев (*Tiere, die im häuslichen Bereich*) в ФРГ в 1990 г. в качестве общего правила был установлен запрет обращения взыскания при условии, что они не используются в экономических целях. В случаях значительной стоимости конкретного домашнего питомца вопрос о возможности обратиться на него взыскание решается судом исходя из индивидуальной ситуации кредитора и должника и требований защиты животных: по заявлению кредитора суд может

¹ Zivilprozessordnung – ZPO. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_811c.html

² См.: *Wasser D. Statt eines Ausblicks – ein kurzes Plädoyer für eine Reform des 8. Buchs der ZPO // Zwangsvollstreckung und Zwangsversteigerung aktuell Tagung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Deutschen Richterakademie in Wustrau im November 2017. Berlin, 2018. S. 237.* URL: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/FinanzenUndAnlegerschutz/Tagungsband_Zwangsvollstreckung.pdf?__blob=publicationFile&v=1

обратить взыскание на домашнее животное с учетом его высокой стоимости, если отказ в обращении взыскания привел бы к неоправданным потерям для кредитора, однако при этом учитываются требования защиты животных и заслуживающие внимания интересы должника (§ 811с).

На практике стоимость животного менее 250 евро считается невысокой и исключает обращение на него взыскания независимо от прочих установленных законом условий¹. Но и в случае большей стоимости суды весьма неохотно удовлетворяют требования кредиторов, учитывая другие факторы — требования защиты животных и заслуживающие внимания интересы должника.

В то же время во многих правопорядках обращение взыскания по долгам собственника на домашних питомцев, не используемых в экономической деятельности, не допускается безотносительно их стоимости. В канадской провинции Ньюфаундленд и Лабрадор, к примеру, такие правила были введены еще в 1996 г.², в Израиле — в 1999 г.³ Запрет действует в настоящее время также в Австрии, Англии и Уэльсе, Бельгии, Словакии, Швейцарии⁴, Франции⁵, части штатов США (к примеру, в Луизиане⁶, Миссисипи⁷, Техасе⁸).

¹ См. об этом: Wiczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze. Grosskommentar. Zehnter Band. Teilband 1. § 803-863. 4., neu bearbeitete Auflage. 2015. S. 133.

² Judgment enforcement act 1996 cJ-1.1 s131. URL: https://www.assembly.nl.ca/Legislation/sr/statutes/j01-1.htm#131_

³ См.: Lerner P. Animals, Rights and Property: The (Un)attachment of Pets in Israeli Law (February 5, 2004). bepress Legal Series. Working Paper 127. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/76622955.pdf>

⁴ Сведения о регулировании исполнительного производства в основной части европейских государств, в том числе об установленных ими ограничениях при обращении взыскания на имущество должника, см. на портале Европейского электронного правосудия https://e-justice.europa.eu/content_procedures_for_enforcing_a_judgment-52-en.do

⁵ См.: Code des procédures civiles d'exécution, art. R112-2. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000541408>. Вместе с тем взыскание на домашнего питомца (*les animaux d'appartement*) может быть обращено в том случае, если должник не оплатил приобретенное животное или не вернул средства, одолженные на его приобретение (см. art. R112-3).

⁶ La. Rev. Stat. Ann. § 13:3881 (A)(4).

⁷ MS Code § 85-3-1 (2013). URL: <https://law.justia.com/codes/mississippi/2013/title-85/chapter-3/section-85-3-1/>

⁸ Property code, sec. 42.002. URL: <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/PR/htm/PR.42.htm>. При этом в отношении сельскохозяйственных животных установлен только частичный имущественный иммунитет.

При полном запрете обращения взыскания на животных-компаньонов, не используемых в предпринимательской деятельности, баланс сдвинут в пользу должника в связи с тем, что домашний питомец высокой стоимости так же уникален и незаменим для должника и членов его семьи, как и животное, не имеющее высокой стоимости, а мера жестокости в их отношении (в отношении людей и питомца) в случае обращения взыскания никак не коррелирует со стоимостью домашнего питомца.

Казусы с арестом кота Лексуса и другие громкие примеры подобной активности судебных приставов-исполнителей по всей стране породили в качестве противодействия им идею закрепления в российском законодательстве имущественного иммунитета в отношении домашних животных, принадлежащих гражданину-должнику, если они не используются для целей, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности¹. Тем не менее предпринятая в России попытка реализовать идею об имущественном иммунитете в отношении домашних питомцев в законопроекте № 707835-6 «О внесении изменений в статью 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации»², внесенном в 2015 г. депутатом Государственной Думы О.Л. Михеевым, закончилась неудачей. Правительство РФ в отрицательном официальном отзыве на законопроект ссылалось на три обстоятельства.

Во-первых, на то, что животные относятся к объектам гражданских прав и к ним применяются общие правила об имуществе, в том числе в части обращения взыскания по исполнительным документам. Однако законопроект и был нацелен на изменение этого подхода путем установления специального правила исходя из особенностей домашних животных и их взаимоотношений с хозяевами и членами их семей.

Во-вторых, приводился довод о том, что распространение имущественного иммунитета на дорогостоящих животных может ограничить права взыскателей³. Действительно, тот или иной имущественный

¹ См., например: *Ширяева А.И.* К вопросу о возможности обращения взыскания на животных должника в ходе исполнительного производства // Вестник молодых ученых Самарского государственного экономического университета. 2019. № 1(39). С. 214–218.

² URL: <https://cdnimg.rg.ru/pril/article/107/54/49/707835-6.pdf>

³ Стоимостью некоторых домашних животных, которая «может быть весьма значительна («элитные» породы собак и кошек, экзотические животные)», было объяснено обращение взыскания на домашних животных в Комментарий к Федеральному закону «Об исполнительном производстве» и практике его применения (отв. ред.

иммунитет защищает интересы должников, но ведь и вводится он небеспричинно. Причины предлагавшегося расширения круга объектов, пользующихся иммунитетом от взыскания, объективны, и их наличие не опровергнуто.

В-третьих, по поводу животных-поводырей, упоминавшихся в пояснительной записке к законопроекту, в официальном отзыве правильно указывалось на то, что и в настоящее время установлен запрет на обращение взыскания на имущество, необходимое гражданину-должнику в связи с его инвалидностью¹. В силу ч. 1 ст. 446 ГПК РФ на животных-поводырей, как необходимых должнику, признанному инвалидом по зрению, слуху, и иных животных-помощников для инвалидов и сейчас взыскание не должно обращаться.

Практически так же, как и Правительство РФ, отреагировал на законопроект ответственный Комитет Государственной Думы – Комитет по государственному строительству и законодательству, а у Правового управления Государственной Думы замечаний к законопроекту не имелось². В итоге в 2017 г. законопроект был отклонен.

Аналогичный законопроект с наименованием «О внесении изменения в статью 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в части запрета обращения на домашних животных взыскания по исполнительным документам» подготовлен к настоящему моменту (2020 г.) депутатом Государственной Думы В.В. Бурматовым, возглавляющим Комитет Государственной Думы по экологии и охране окружающей среды. Современные подходы к статусу и защите животных и гуманное отношение к людям, взявшим на себя ответственность за животных, должны наконец найти отражение в отечественном законодательстве об исполнительном производстве.

И.В. Решетникова; М., 2009. С. 397), а также в его переизданиях. Это довольно обычная черта ориентированных на практиков комментариев – пытаться объяснить комментируемую норму, а не критически ее рассмотреть.

¹ URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/707835-6>

² См. там же.

Голованова Наталья Александровна,
ведущий научный сотрудник Института законодательства
и сравнительного правоведения при Правительстве
Российской Федерации, кандидат юридических наук,
заслуженный юрист Российской Федерации

Новый британский режим гражданской конфискации: приказы о необъяснимом богатстве

Великобритания, имея на международном уровне высокий рейтинг борьбы с коррупцией, отмыванием денег и финансированием терроризма, продолжает поиски новых способов возврата похищенных активов вне уголовного судопроизводства, путем наделения правоохранительных органов новыми возможностями и полномочиями по изъятию доходов, полученных в результате противоправного поведения. Таким способом законодатель намеревается разрешить трудности, возникающие в правоприменительной практике при попытке сбора доказательств о незаконном происхождении богатства лиц, причастных к серьезной и организованной преступности, коррумпированных чиновников в Великобритании и других юрисдикциях.

С момента принятия в 2002 г. Закона о доходах от преступной деятельности (*Proceeds of Crime Act 2002*), который позволил проводить расследования и конфисковывать любое имущество, полученное в результате противоправного поведения (*obtains property through unlawful conduct*), а также денежные средства, предназначенные для дальнейшего использования в преступных целях, прошло уже почти 20 лет. Сложившаяся в этот период правоприменительная практика свидетельствует о значительном прогрессе, учитывая, что данным актом были предусмотрены различные способы конфискации преступных активов — административный, налоговый, в ходе уголовного и гражданского судопроизводства.

В проведенных ранее Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ исследованиях неоднократно подчеркивалось, что в Великобритании после издания Закона 2002 г. все чаще применяется конфискация *in rem*, т.е. конфискация, которая может быть произведена отдельно от уголовного судопроизводства либо параллельно с ним. Сам же институт гражданской конфискации

также стал меняться в сторону ужесточения и расширения круга лиц, имущество которых находится под угрозой изъятия¹.

Современный период можно охарактеризовать как следующий шаг по изъятию активов у лиц, подозреваемых в связях с иностранными коррумпированными режимами, а также членов их семей, которые живут в роскоши в многомиллионных домах в Лондоне². В частности, речь идет о новеллах, внесенных Законом о преступных финансах 2017 г. (*Criminal Finances Act*), касающихся издания приказов о необъяснимом богатстве (*Unexplained Wealth Order, далее – UWO*). В этом Законе были реализованы предложения, прозвучавшие в правительственном Плане действий по борьбе с отмыванием денег и финансированием терроризма 2016 г. (*Action Plan for Anti-Money Laundering and Counter-terrorist Finance*)³. В целях устранения выявленных в указанной сфере недостатков План определил шаги, которые государству следует предпринять, обратив особое внимание на необходимость повышения эффективности деятельности правоохранительных органов по выявлению, замораживанию и конфискации (в том числе *in rem*) финансовой прибыли, получаемой от серьезной и организованной преступности, а также от других корыстных преступлений, включая международную коррупцию. План также содержал предложения по разработке новых способов по улучшению обмена данными между организациями частного сектора и ужесточению требований относительно декларирования лицами источников богатства.

Следует отметить также, что ранее (до издания Плана 2016 г.) правительство Великобритании неоднократно делало заявления о конфискации активов как средстве улучшения реакции правоохранительных

¹ Уголовно-правовые меры по противодействию коррупции за рубежом: сравнительно-правовое исследование / Отв. ред. И.С. Власов. М., 2014; Перспективы применения механизмов замораживания, ареста и конфискации преступных активов, механизмов управления конфискованными активами / Отв. ред. В.И. Лафитский. М.: ИЗИСП: МУМЦФМ, 2014; Ответственность за отмывание (легализацию) коррупционных доходов по законодательству зарубежных государств / [А.Я. Капустин, А.М. Цирин, И.С. Власов, Н.А. Голованова, М.А. Цирина и др.; отв. ред. А.Я. Капустин, А.М. Цирин.]. М.: ИЗИСП, 2015; Голованова Н.А. Конфискация vs Коррупции (зарубежный опыт) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 3. С. 496–503; Голованова Н.А. Конфискация как реакция на корыстное преступление // Журнал российского права. 2015. № 7. С. 78–86.

² Hawley S. Britain's first UWO has landed. What comes next? October 18, 2018. URL: <https://fcpublog.com/2018/10/18/britains-first-uwo-has-landed-what-comes-next/>

³ URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/517992/6-2118-Action_Plan_for_Anti-Money_Laundering__web_.pdf

органов на коррупцию и серьезную преступность. Так, в Стратегии МВД по борьбе с серьезной и организованной преступностью 2013 г. (*HM Government, Serious and Organised Crime Strategy*)¹, а затем в правительственном Плане по борьбе с коррупцией 2014 г. (*HM Government, UK Anti-Corruption Plan*)² в качестве приоритета указано на необходимость усиления ответа правоохранительных органов на коррупцию или отмывание коррумпированных фондов в Великобритании. В 2015 г. о необходимости принятия новых мер, направленных на воспрепятствование перемещению, укрытию или использованию доходов от преступлений и коррупции или избежание санкций, было сказано в Стратегии национальной безопасности и Стратегическом обзоре по защите и безопасности (*HM Government, National Security Strategy and Strategic Defence and Security Review*)³.

Что же изменилось с принятием Закона 2017 г. и что представляют собой новые полномочия по борьбе с преступными доходами? Этим Законом Высокий суд Лондона (*Her Majesty's High Court of Justice in England*) был наделен полномочием издавать *приказы о необъяснимом богатстве*, которые требуют от лица, подозреваемого в причастности к серьезной преступности или связанного с ней (включая уклонение от уплаты налогов), объяснять происхождение активов, сумма которых превышает 50 тыс. ф. ст.⁴, которые, по-видимому, несоразмерны их известным доходам (ст. 362А–362I).

При этом возбуждение процедуры получения *UWO* не связано с каким-либо уже имеющимся гражданским или уголовным разбирательством, а направлено на улучшение выявления активов, являющихся доходами от тяжких преступлений, которые до издания Закона 2017 г. часто не могли быть возвращены, заморожены или конфискованы из-за невозможности получения доказательств (например, при отсутствии сотрудничества Великобритании с другими юрисдикциями). Новый Закон позволяет также применять эти полномочия в отношении политически значимых лиц (*Politically Exposed Person*), т.е. политиков или должностных лиц или связанных с ними

¹ URL: <https://www.gov.uk/government/publications/serious-organised-crime-strategy>

² URL: <https://www.gov.uk/government/publications/uk-anti-corruption-plan>

³ URL: <https://www.gov.uk/government/publications/national-security-strategy-and-strategic-defence-and-security-review-2015>

⁴ Первоначально предполагалось, что сумма необъяснимых активов должна превышать 100 тыс. ф. ст., однако в ходе обсуждения законопроекта ее размер был уменьшен вдвое. URL: <https://services.parliament.uk/Bills/2016-17/criminalfinances/documents.html>

лиц не только в Великобритании, но и за пределами Европейской экономической зоны.

Для обращения в Высокий суд за получением *UWO* достаточно наличия у соответствующего следственного органа разумного основания подозревать, что ответчик является политически значимым лицом, был замешан в тяжких преступлениях или связанными с ними лицами. Заявления о вынесении *UWO* могут быть поданы в Высокий суд следующими правоохранительными органами – Национальным агентством по борьбе с преступностью (*National Crime Agency*), Службой Ее Величества по налогам и таможне (*Her Majesty's Revenue and Customs*), директором Службы по борьбе с серьезным мошенничеством (*Serious Fraud Office*), Управлением финансового поведения (*Financial Conduct Authority*), Королевской прокурорской службой (*Crown Prosecution Service*) и др. Кроме того, в соответствии с Циркуляром МВД Великобритании 2018 г.¹ иные правоохранительные органы, которые прямо по Закону не наделены такими полномочиями, при наличии разумных подозрений могут рассмотреть вопрос о передаче дела в соответствующий орган, который и примет окончательное решение.

Закон 2017 г. расширил перечень уже известных обеспечительных мер (*protective relief*) и средств правовой защиты, используемых в гражданском процессе по замораживанию и изъятию денежных средств, предусмотренных Законом 2002 г.² в целях обеспечения возможности конфискации денежных средств, хранящихся на банковских счетах, и предметов личного имущества, таких как драгоценные металлы и драгоценные камни, при наличии обоснованного подозрения, что имущество является доходом от преступления либо будет использовано незаконным образом. Закон расширяет сферу действия существ-

¹ Circular 003/2018: Criminal Finances Act: unexplained wealth orders. URL: <https://www.gov.uk/government/publications/circular-0032018-criminal-finances-act-unexplained-wealth-orders/circular-0032018-unexplained-wealth-orders>

² К ним относятся: приказы о замораживании активов, в том числе и по всему миру, раскрытии информации третьими сторонами; запрете разглашения информации; розыске активов и наложении ареста на активы; назначении временного управляющего компании. Легкость применения и разнообразие средств судебной защиты, доступные истцу в британском гражданском процессе, делают эту юрисдикцию наиболее благоприятной, когда необходимо заморозить, проследить и вернуть похищенные активы. По мнению английских юристов, данные средства правовой защиты считаются «термоядерным оружием» адвокатов и зачастую таковыми и являются. — Перспективы применения механизмов замораживания, ареста и конфискации преступных активов, механизмов управления конфискованными активами / Отв. ред. В.И. Лафитский. М.: ИЗИСП: МУМЦФМ, 2014.

вующих полномочий также за счет отнесения к денежным средствам квитанций о ставках, жетонов казино с фиксированной стоимостью и игровых ваучеров.

Что касается содержания приказа, то в нем должны быть определены ответчик и имущество, в отношении которого возникли сомнения в законности его приобретения. Форма и способ, которым ответчик должен предоставить объяснение, касающееся собственности, также должны быть указаны (ст. 362А (2) и (4)). В приказе должно быть указано лицо, которому надлежит предоставить объяснение, и подробная информация о том, куда следует направить объяснение. Согласно ст. 362А (6) ответчик обязан объяснить источник конкретного актива (или активов) в течение установленного судом периода времени. Если же по истечении этого срока ответчик не выполнил указание суда без уважительной причины, соответствующее имущество следует рассматривать как «взыскиваемое имущество» (*recoverable property*), т.е. имущество, полученное в результате противоправного поведения. В этом случае правоохранительный орган должен рассмотреть вопрос о возможных действиях в отношении данного имущества, в том числе вопрос о конфискации в гражданском порядке на основании Закона 2002 г. Однако, если ответчик предоставляет информацию в течение установленного судом периода, у правоохранительного органа есть 60 дней для рассмотрения таких доказательств, в течение которых должно быть принято решение о дальнейших действиях.

Одновременно с подачей заявления об *UWO* правоохранительный орган подает в Высокий суд заявление о временном замораживании имущества для предотвращения его рассеивания. Временное решение о замораживании (*Interim freezing order*) не может быть вынесено до *UWO*, оно также не является альтернативой приказам о замораживании, изданным в соответствии с другими положениями Закона 2002 г. В том случае, если ответчик не представил полный ответ, действует презумпция, согласно которой активы подлежат замораживанию в целях оказания помощи в осуществлении какой-либо последующей гражданской конфискации. Сообщение же ложных сведений об имуществе или введение суда в заблуждение относительно происхождения активов являются самостоятельным преступлением, которое по обвинительному акту наказывается тюремным заключением на срок до двух лет и (или) штрафом; в суммарном порядке виновный наказывается тюремным заключением на срок до 12 месяцев и (или) штрафом.

Как и в ранее установленном по Закону 2002 г. режиме гражданской конфискации, в процедуре *UWO* государство не обязано доказывать,

что спорное имущество является орудием или доходом от преступления, а бремя доказывания возложено на ответчика, который должен разъяснить, что его активы были получены законным путем. Такой способ признается наиболее эффективным в целях предотвращения экономического и социального вреда, причиненного отмыванием незаконных средств, например, через рынок недвижимости¹. Теперь же *UWO* может быть применен в отношении широкого круга лиц, владеющих недвижимостью в Великобритании, даже если она была зарегистрирована на имя зарубежной компании, находится в доверительном управлении и т.п.

По мнению *Transparency International UK*, огромные суммы «грязных» денег в Великобритании оказались именно в сфере недвижимости: в период между 2004 и 2015 гг. стоимость недвижимости, в отношении которой проводились расследования в связи с обвинением, что она якобы является доходом от международной коррупции, составляла 180 млн ф. ст. В марте 2017 г. *Transparency International UK* установила, что недвижимость в Лондоне стоимостью 4,2 млрд ф. ст. имеет подозрительное происхождение. Было также обнаружено, что 52% прав на землю в таких районах Лондона, как Вестминстер, Кенсингтон, Челси и Камден, принадлежат анонимным компаниям и что 91% зарубежных компаний, владеющих правами на землю в Лондоне, были зарегистрированы в засекреченных юрисдикциях (или налоговых убежищах)².

Еще одно важное дополнение, внесенное в Закон 2002 г., касается так называемых повторных посещений (*re-visits*), а именно повторного использования правоохранительными органами полномочий по осуществлению приказа о конфискации финансовой выгоды, которую преступник получил от своих преступлений. В соответствии с Законом о доходах от преступной деятельности 2002 г. размер конфискации ограничен лишь той реальной суммой, эквивалентной стоимости активов, которая доступна ответчику на момент оформления приказа. Тем не менее, если первоначально доступная для кон-

¹ Keen F. Unexplained Wealth Orders Global Lessons for the UK Ahead of Implementation. RUSI Occasional Paper Royal United Services Institute for Defence and Security Studies, September 2017. URL: https://rusi.org/sites/default/files/201709_rusi_unexplained_wealth_orders_keen_web.pdf

² Faulty Towers: Understanding the Impact of Overseas Corruption on the London Property Market. URL: <https://www.transparency.org.uk/faulty-towers/>; Foreign Ownership of London Property Shrouded in Secrecy. URL: <https://www.transparency.org.uk/press-releases/foreign-ownership-of-london-property-shrouded-in-secrecy/>

фискации взыскиваемая сумма (*recoverable amount*) была меньше, чем общая сумма, равная полученной незаконной выгоде, допускается повторное принятие приказа о конфискации. Это означает, что если приказ исполнен, но ответчик продолжает зарабатывать деньги или приобретать дорогостоящее имущество, суд может рассмотреть вопрос о пропорциональном взыскании большей суммы денег или об обращении взыскания на дополнительное имущество. Старая редакция Закона 2002 г. не предусматривала полномочий правоохранительных органов по финансовому расследованию, например по контролю над банковскими счетами и т.п. Закон 2017 г. расширяет эти полномочия, чтобы обеспечить возможность их использования при «повторных посещениях». Закон также допускает пересмотр приказов о конфискации, если после исполнения приказа появляются дополнительные доказательства, свидетельствующие о том, что незаконная выгода либо сумма, доступная для исполнения приказа, оказалась больше, чем было установлено в момент вынесения решения о конфискации.

Введение гражданской конфискации имущества и трансформация этого института в сторону расширения в действительности не знаменуют собой новую главу в традиционном общем праве, и Великобритания не является первооткрывателем *UWO*. Давний принцип общего права гласит *neto dat quod non habet* («никто не дает того, что не имеет»), т.е. вор не может передать законное право собственности на украденное имущество, а любое лицо, в чьи руки оно попало, должно удовлетворить требование истинного владельца о его возврате.

Руководствуясь данным принципом, законодатели двух государств, принадлежащих к семье общего права, — Ирландской Республики и Австралии значительно раньше Великобритании ввели институты, аналогичные британскому варианту *UWO*. Опыт этих стран подтверждает, что *UWO*, безусловно, являются мощным инструментом в борьбе с серьезной и организованной преступностью и коррупцией. И они особенно эффективны в изъятии активов, которые трудно связать с преступлением. Исследователи данного института особо подчеркивают положительные результаты, достигнутые в Ирландии, где впервые соответствующее законодательство были приняты в 1996 г. (*The Proceeds of Crime Act 1996; Criminal Assets Bureau Act 1996*).

Ирландия стала первой страной в Европе, использовавшей гражданский режим конфискации, который перекладывает бремя доказывания на ответчика. По мнению специалистов, это законодательство ознаменовало новый подход к стратегии упреждающего контроля над преступностью, предполагающий отказ от реактивной конфискации

активов, основанной на приговоре¹. Успех ирландского режима конфискации также объясняется созданием Бюро по борьбе с преступными доходами (*Criminal Assets Bureau*), объединившего превосходные мультипрофильные команды, в состав которых входят представители полиции, таможни, налоговой службы и социальной защиты населения для коллективной работы. С самого начала Бюро получило адекватные финансовые и людские ресурсы, в том числе высококвалифицированных юристов, ИТ-специалистов, судебных бухгалтеров и хорошо обученных сотрудников правоохранительных органов. Новая модель борьбы с преступностью в Ирландии означает скорее актуарный (связанный с оценкой рисков) подход к уголовному правонарушению и использует гражданский, административный и регуляторный механизмы с отказом от традиционных шаблонов².

Британский вариант *UWO*, считающийся примером успешной имплементации частнопроводных институтов в уголовное право, начал применяться с января 2018 г., и хотя полномочиями по их выявлению наделены различные органы, первым в Высокий суд обратилось Национальное агентство по борьбе с преступностью³, в ведение которого входит расследование дел о серьезной и организованной преступности. Так Великобритания, долгое время считавшаяся убежищем для «грязных» денег, может потерять свою привлекательность для лиц, занимающихся отмыванием незаконных доходов, как это произошло в Ирландии.

¹ *Keen F.* Unexplained Wealth Orders Global Lessons for the UK Ahead of Implementation. Occasional Paper Royal United Services Institute for Defence and Security Studies. URL: https://rusi.org/sites/default/files/201709_rusi_unexplained_wealth_orders_keen_web.pdf; Unexplained Wealth Orders: thoughts on scope and effect in the UK. Briefing Papers. January 2017. URL: https://brightlinelaw.co.uk/wp-content/uploads/2019/07/Unexplained_Wealth_Order_-_Briefing_Papers_Final.pdf

² *Patrick J.R.* An examination of how the methods employed by the Criminal Assets Bureau move Ireland in a new direction of crime control. Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy. School of Law, University of Limerick. 2019. URL: https://ulir.ul.ie/bitstream/handle/10344/8139/Ryan_2019_Examination.pdf?sequence=4

³ IDENTITIES REVEALED IN FIRST UWO CASE. Written by Transparency International UK on Wednesday, 10 October 2018. URL: https://www.transparency.org.uk/identities-revealed-first-uwo-case/#.W8BaTy_Mwyn

III. ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО

*Мещанова Мария Валентиновна,
заведующая кафедрой
гражданского права юридического факультета
Белорусского государственного университета,
ведущий научный сотрудник Института правовых
исследований Национального центра законодательства
и правовых исследований Республики Беларусь,
кандидат юридических наук, доцент*

Электронная торговля цифровым контентом: опыт наднационального регулирования и трансформация институтов договорного права¹

В Основных направлениях реализации цифровой повестки Евразийского экономического союза до 2025 года, утвержденных Решением Высшего Евразийского экономического совета от 11 октября 2017 г. № 12 (далее – Основные направления)², определяется одно из ключевых понятий современного общественного развития – цифровая экосистема, под которой понимается «открытая устойчивая система, включающая субъекты цифровой экосистемы (физических, юридических, виртуальных и пр.), а также связи и отношения этих субъектов в цифровой форме на основе сервисов цифровой платформы». В качестве приложения к Основным направлениям утверждены Приоритеты проработки инициатив в рамках реализации цифровой повестки Евразийского экономического союза до 2025 года. Одним из установленных приоритетов признана цифровая торговля Союза.

Вместе с тем анализируемый документ не раскрывает понятие «цифровая торговля» или более распространенное на данный момент

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке БРФФИ в рамках научного проекта № Г20Р-080.

² URL: <http://www.pravo.by/document/?guid=3871&p0=F91700293>

понятие «электронная торговля». Прослеживая логику понятийного аппарата, на который опираются Основные направления, следует обратить внимание на понятие самой цифровой экономики как части экономики, «в которой процессы производства, распределения, обмена и потребления прошли цифровые преобразования с использованием информационно-коммуникационных технологий». При этом сами цифровые преобразования включают в себя «комплекс мероприятий, нацеленных на трансформацию бизнес-процессов в соответствии с их цифровой моделью». Следовательно, цифровую торговлю в контексте настоящего исследования можно рассматривать как процесс осуществления торговли, трансформированный в соответствии с определенной цифровой моделью на основании использования информационно-коммуникационных технологий. Таким образом происходит «подтягивание» правового регулирования к потребностям и запросам «цифровизации»¹.

Если отбросить процессы цифровой трансформации, в основе формирования указанного понятия лежит термин «торговля», который в том или ином виде закреплен в законодательстве всех государств — членов ЕАЭС. Так, согласно Закону Республики Беларусь от 8 января 2014 г. № 128-З «О государственном регулировании торговли и общественного питания в Республике Беларусь»² торговля — это «предпринимательская деятельность, направленная на приобретение и продажу товаров с оказанием или без оказания услуг, связанных с продажей товаров». Закономерно возникает вопрос: должен ли процесс цифровой трансформации охватывать все этапы такой предпринимательской деятельности (заказ товара, его оплату и доставку, а также оказание сопутствующих услуг), или цифровая трансформация может затронуть только отдельные стадии торговли для того, чтобы ее можно было признать цифровой?

Обратимся к Руководству по оценке цифровой торговли (версия 1), подготовленному совместно Всемирной торговой организацией (WTO), Организацией экономического сотрудничества и развития (OECD) и Международным валютным фондом (IMF) в 2020 г.

¹ Мамычев А.Ю., Мирошниченко О.И. Моделируя будущее права: проблемы и противоречия правовой политики в сфере нормативного регулирования систем искусственного интеллекта и роботизированных технологий // Правовая политика и правовая жизнь. 2019. № 2. С. 127.

² ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2020.

(далее – Руководство)¹. Согласно мнению экспертов, цифровая торговля – это вся торговля, когда товар или услуга заказываются в цифровой форме и (или) доставляются в цифровой форме. При этом под торговлей с заказом товара (услуги) в цифровой форме понимается «международная продажа или покупка товара, или услуги, проводимая по компьютерным сетям методами, специально разработанными для получения или размещения заказов». Торговля с доставкой товара в цифровой форме означает «международные сделки, когда товары или услуги доставляются удаленно в электронном формате, используя компьютерные сети». Понятие «цифровая торговля» не включает приобретение (продажу) любых товаров или услуг, которые не доставляются или не заказываются по компьютерным сетям. Использование телефона, факса или заказы товаров (услуг) по электронной почте вручную не подпадают под понятие «цифровая торговля». Таким образом, по мнению авторов Руководства, для признания торговли цифровой и применения к ней соответствующего регулирования достаточно цифровой трансформации либо процесса заказа товара (услуги), либо его доставки.

Полагаем, что термины «цифровая торговля» и «электронная торговля» могут употребляться как синонимичные. Вместе с тем понятие «цифровая торговля» шире, чем понятие «интернет-торговля», поскольку включает не только продажу через Интернет, но и взаимодействие через другие информационно-коммуникационные, информационные и социальные сети, а также может использовать более широкий спектр моделей ведения бизнеса.

В Докладе о развитии цифровой (интернет) торговли ЕАЭС, подготовленном Евразийской экономической Комиссией 30 апреля 2019 г.² (далее – Доклад ЕЭК), определены проблемы и вызовы, с которыми евразийские участники цифровой торговли сталкиваются на внутреннем рынке и при выходе на рынки третьих стран, а также оговорена необходимость осуществления совместных действий, направленных, в частности на:

– развитие каналов цифровой торговли между государствами-членами и сервисов, обеспечивающих цифровую торговлю в рамках Союза, на основе цифровых платформ;

¹ Handbook on Measuring Digital Trade. Version 1 // OECD. URL: <http://www.oecd.org/sdd/its/Handbook-on-Measuring-Digital-Trade-Version-1.pdf>

² Доклад о развитии цифровой (интернет) торговли ЕАЭС. М.: Евразийская экономическая комиссия, 2019. URL: <http://www.eurasiancommission.org/ru/act/dmi/workgroup/Documents/цифровая%20торговля.pdf>

– развитие инфраструктуры цифровой торговли в рамках Союза и стимулирование применения технологий, разработанных в Союзе.

По данным Ассоциации компаний интернет-торговли (далее – АКИТ), в государствах – членах ЕАЭС цифровая торговля растет в среднем на 30 % в год. Параллельно происходит отток потребителей из офлайн-торговых центров, что составляет около 10 % в год¹. При этом наблюдается заметное отставание стран ЕАЭС с точки зрения развития процессов цифровой торговли. На данные страны в общем-то приходится менее 1 %, в связи с чем они недополучают свои цифровые активы и не могут сформировать замкнутые единые цифровые экосистемы. Решение указанной проблемы видится в том числе в создании системного правового регулирования процессов цифровой торговли, которое с учетом наличия единого внутреннего рынка ЕАЭС должно носить гармонизированный характер.

Цифровая торговля товарами и услугами может осуществляться в секторах *B2B* и *B2C*. Сужая объект исследования, обратимся к регулированию цифровой торговли в секторе *B2C*. Одновременно проведем градацию товаров (услуг), которые могут являться предметом такой торговли. Это в первую очередь «материальные товары, т.е. любые физические объекты, заказанные через информационные сети, поставка которых осуществляется через каналы иные, чем информационно-коммуникационные сети»². Данная категория также включает программы для ЭВМ, базы данных, цифровой контент на материальных носителях. Несмотря на то что материальные товары продолжают оставаться основным предметом цифровой торговли, они приобретают особую форму выражения, «погружаются» в цифровую среду, благодаря чему создаются так называемые цифровые двойники, т.е. виртуальное отображение, охватывающее все ключевые свойства материального товара.

Однако материальный товар вместе с его цифровым двойником необходимо отличать от цифрового контента, который может являться самостоятельным предметом электронной торговли. Под цифровым контентом понимается «совокупность информационных материалов, которые распространяются в электронном виде по специальным каналам для эксплуатации на цифровых устройствах»³. К цифровому контенту, в частности, относятся информационные и (или) развле-

¹ АКИТ. Аналитика. URL: <https://www.akit.ru/category/analytics/>

² Доклад ЕЭК. Раздел В.

³ Там же.

кательные материалы, распространяемые в цифровом виде и предназначенные для использования посредством цифровых устройств, в том числе сайты доступа к платному видео, электронные библиотеки, магазины музыки, игровые контентные площадки.

Электронная торговля цифровым контентом специально не урегулирована в законодательстве государств – членов ЕАЭС, однако этот вариант цифровой торговли в секторе В2С не только становится все более распространенным, но и подразумевает специфику, которую нельзя не учитывать при решении вопроса о надлежащей защите прав и законных интересов потребителей.

Представляется, что в упомянутой сфере наиболее оптимальным вариантом является выработка гармонизированного подхода на уровне ЕАЭС. Так, согласно ст. 61 Договора о Евразийском экономическом союзе (далее – Договор о ЕАЭС)¹ государства – члены ЕАЭС проводят согласованную политику в сфере защиты прав потребителей, направленную на формирование равных условий для граждан указанных государств по защите их интересов от недобросовестной деятельности хозяйствующих субъектов. Проведение согласованной политики предполагает в том числе гармонизацию соответствующего законодательства. 21 ноября 2017 г. Коллегией Евразийской экономической комиссии приняты Рекомендации № 27 «Об Общих подходах к проведению государствами – членами ЕАЭС согласованной политики в сфере защиты прав потребителей при реализации товаров (работ, услуг) дистанционным способом» (далее – Рекомендации ЕЭК)².

Согласно упомянутому документу, носящему, как видно уже из наименования, рекомендательный характер, государствам-членам предлагается гармонизировать нормативное регулирование реализации товаров (работ, услуг) дистанционным способом. При этом дистанционный способ реализации товаров (работ, услуг) рассматривается достаточно широко и охватывает как интернет-торговлю, так и традиционные способы продажи товаров по образцам. Термин

¹ Договор о Евразийском экономическом союзе [заключен в г. Астане 29 мая 2014 г.], с изм. от 15 марта 2018 г. // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2020.

² Об Общих подходах к проведению государствами – членами Евразийского экономического союза согласованной политики в сфере защиты прав потребителей при реализации товаров (работ, услуг) дистанционным способом: Рекомендации Коллегии Евразийской экономической комиссии 21 ноября 2017 г. № 27 // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2020.

«электронная торговля» в Рекомендациях ЕЭК не употребляется, что объясняется специальной сферой их применения — договоры с потребителем. Общая направленность Рекомендаций ЕЭК состоит именно в обеспечении защиты прав потребителей в специфической сфере — реализация товаров (работ, услуг) дистанционным способом. Вместе с тем представляется, что при заключении договора с потребителем посредством использования информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» необходимо учитывать общие подходы, характерные для осуществления электронной торговли, например, правила, направленные на защиту персональных данных, или определение способов заключения договоров в электронной форме. Однако указанные общие подходы на уровне ЕАЭС пока нормативно не определены.

В связи с этим представляется обоснованным обратиться к опыту наднационального регулирования соответствующих отношений на уровне Европейского союза (далее — ЕС). 6 мая 2015 г. Европейская комиссия (далее — Комиссия) обратилась к Европейскому парламенту, Совету, Европейскому экономическому и социальному комитету и Комитету регионов с программным документом — Стратегией цифрового единого рынка для Европы¹. Комиссия констатировала, что потенциал роста электронной торговли в Союзе еще не полностью использован. Стратегия цифрового единого рынка для Европы целостным образом устраняет основные препятствия на пути развития трансграничной электронной торговли в Союзе с целью раскрытия этого потенциала. В рамках указанной Стратегии была предусмотрена разработка нормативных мер, направленных на облегчение доступа потребителей и бизнеса к цифровым товарам и услугам в Европе.

В том же году Комиссией было внесено предложение о принятии Директивы Европейского парламента и Совета об определенных аспектах, относящихся к контрактам по передаче цифрового контента², поскольку обеспечение лучшего доступа потребителей к цифровому контенту и цифровым услугам, а также облегчение для компаний предоставления цифрового контента и цифровых услуг могут внести вклад

¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A digital single market strategy for Europe. COM/2015/0192 final. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1589747268981&uri=CELEX:52015DC0192>

² Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. COM/2015/0634 final. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1589748596027&uri=CELEX:52015PC0634>

в стимулирование цифровой экономики Союза и стимулирование общего роста.

После широкого обсуждения указанного проекта в рамках институтов и органов ЕС, одобрения национальными парламентами, а также представителями бизнес-сообщества (с упором на мнение мелких и средних предприятий – далее *SMEs*) была принята одноименная Директива Европейского парламента и Совета 2019/770 от 20 мая 2019 г. (далее – Директива 2019/770)¹. Правовой базой для принятия Директивы 2019/770 послужила ст. 114 Договора о функционировании Европейского Союза (далее – ДФЕС)², которая предусматривает осуществление на уровне ЕС мер, направленных на построение внутреннего рынка. При этом данная Директива направлена на установление правильного баланса между достижением высокого уровня защиты потребителей и поощрением конкурентоспособности предприятий при обеспечении уважения принципа субсидиарности (п. 2 преамбулы к Директиве 2019/770).

Указанная Директива является инструментом полной гармонизации (ст. 4). Это означает, что государства не вправе отклоняться от установок Директивы при ее имплементации³. Вместе с тем специальная сфера применения Директивы 2019/770 является моментом разграничения наднационального и внутринационального регулирования – государства не обязаны изменять свое национальное право по вопросам, прямо не урегулированным Директивой.

Определяя сферу действия Директивы 2019/770, в первую очередь необходимо обратить внимание на тот факт, что по субъекту и цели заключения контрактов она регулирует только потребительские договоры (*B2C*) и не распространяется на сферу ведения торгового бизнеса (*B2B*). Директива 2019/770 применяется к любому контракту, по которому продавец поставяет или обязуется поставить цифровой контент или цифровую услугу потребителю, а потребитель платит или обязуется уплатить цену. Директива также применяется в тех случаях, когда потребитель предоставляет или обязуется предоставить продавцу персональные данные, за исключением случаев, когда персональные

¹ Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services // OJ. L 136. 22.5.2019. P. 1–27.

² Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union // OJ. C 202. 7.6.2016. P. 1–388.

³ Меры по имплементации Директивы 2019/770 в национальное законодательство должны быть приняты и опубликованы к 1 июля 2021 г. (ст. 24).

данные, предоставленные потребителем, используются продавцом исключительно с целью передачи цифрового контента или цифровых услуг в соответствии с Директивой или для предоставления продавцу возможности соблюсти необходимые юридические требования, и продавец не использует эти данные для каких-либо других целей (ст. 3). В приведенном подходе обращают на себя внимание несколько важных составляющих.

Во-первых, европейский законодатель прямо не называет вид (тип) договора, по которому происходит передача цифрового контента или цифровых услуг. Это связано с тем, что в различных государствах – членах ЕС природа указанных договоров может определяться по-разному, начиная с договора об оказании услуг (если цифровой контент передается не на жестком носителе) и заканчивая договором купли-продажи (если непосредственным предметом договора является жесткий носитель цифровой информации). Помимо этого, могут использоваться конструкции договоров аренды, подряда и др.

Во-вторых, в самом определении понятия отмечается, что продавец по контракту *поставляет или обязуется поставить* цифровой контент или цифровую услугу потребителю, а потребитель *платит или обязуется уплатить цену*. Такая формулировка сути договорного обязательства говорит о том, что оно может возникнуть как с момента достижения договоренности между сторонами, так и с момента непосредственной передачи предмета договора, т.е. цифрового контента или (оказания) цифровой услуги. Последний вариант момента возникновения обязательства введен в понятие соответствующего контракта, поскольку зачастую такие контракты заключаются и исполняются одномоментно.

В-третьих, понятие цифрового контента как предмета договора по Директиве весьма широкое и не ограничивается одним определенным видом носителя такого контента или способа его передачи. Чтобы обеспечить быстрые технологические разработки и поддержать перспективный характер понятия цифрового контента или цифровых услуг, Директива охватывает, в частности, компьютерные программы, приложения, видеофайлы, аудиофайлы, музыкальные файлы, цифровые игры, электронные книги или другие электронные публикации, а также цифровые услуги, которые позволяют создавать, обрабатывать, получать доступ или хранить данные в цифровой форме, включая программное обеспечение как услугу, такое как обмен видео и аудио и другие файлы хостинга, обработка текста или игры, предлагаемые в среде облачных вычислений и в социальных сетях.

Поскольку существует множество способов предоставления цифрового контента или цифровых услуг, таких как передача на материальном носителе, загрузка пользователями на свои устройства, потоковая передача через Интернет, предоставление доступа к возможностям хранения цифрового контента или доступа к использованию социальных сетей, Директива применяется независимо от среды, используемой для передачи или предоставления доступа к цифровому контенту или цифровой услуге. Однако она не применяется к услугам предоставления доступа в Интернет.

В-четвертых, все договоры, которые регулируются Директивой 2019/770, носят исключительно возмездный характер. При этом возмездность может иметь двоякое проявление:

- 1) денежное предоставление;
- 2) активное предоставление потребителем личных или иных данных.

Разработчики Директивы указывают на то, что защита персональных данных является фундаментальным правом и поэтому персональные данные не могут рассматриваться как товар (п. 24 преамбулы). Вместе с тем передача персональных данных рассматривается как встречное предоставление со стороны потребителя, и, следовательно, Директива должна обеспечивать, чтобы потребители имели право на договорные средства правовой защиты. Персональные данные могут быть предоставлены продавцу либо в момент заключения договора, либо в более позднее время, например, когда потребитель дает согласие на использование продавцом таких данных путем их загрузки или создания с использованием цифрового контента или цифровой услуги.

Само понятие персональных данных содержится в Регламенте (ЕС) 2016/679 Европейского парламента и Совета от 27 апреля 2016 г. о защите физических лиц в отношении передачи персональных данных и о свободном движении таких данных (*General Data Protection Regulation*) (далее – Регламент 2016/679)¹. Согласно Регламенту «персональные данные означают любую информацию, касающуюся идентифицированного или идентифицируемого физического лица («субъект данных»); идентифицируемое физическое лицо – это лицо, которое может быть идентифицировано прямо или косвенно, в частности,

¹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) // OJ. L 119. 4.5.2016. P. 1–88.

посредством ссылки на такой идентификатор, как имя, идентификационный номер, данные о местоположении, сетевой идентификатор или на один или несколько факторов, специфичных для физической, физиологической, генетической, психической, экономической, культурной или социальной идентичности этого физического лица».

Регламент 2016/679 предусматривает исчерпывающий перечень правовых оснований для законной обработки персональных данных. При этом Директива 2019/770 применяется к любому договору, в котором потребитель предоставляет или обязуется предоставлять личные данные трейдеру, например, в тех случаях, когда потребитель открывает учетную запись в социальной сети и предоставляет имя и адрес электронной почты, которые используются не только для передачи цифрового контента или цифровых услуг, но и для выполнения требований законодательства. Директива 2019/770 также применима в тех случаях, когда потребитель дает согласие на обработку продавцом в маркетинговых целях любых материалов, составляющих личные данные, таких как фотографии или публикации, которые загружает потребитель.

Законодательство государств — членов ЕАЭС пока не рассматривает передачу персональных данных как вариант встречного предоставления в возмездных сделках. Вместе с тем стоит согласиться с мнением Н.И. Платоновой о том, что «персональные данные представляют собой информацию, на основании которой может быть определено физическое лицо. Однако развитие общественных отношений, а также развитие технологий столь стремительно, что едва ли возможно создать исчерпывающий список сведений, которые следует относить к таким данным»¹. При этом опыт ЕС интересен как с позиции определения самого содержания понятия «персональные данные», так и с точки зрения изучения механизмов защиты и использования таких данных, в том числе договорных механизмов.

Под *предоставлением контента* Директива 2019/770 понимает передачу в распоряжение и обеспечение доступа к соответствующему цифровому ресурсу. Однако Директива не распространяется на услуги, которые характеризуются значительным вмешательством человека (например, консультации специалистов, лотереи, переводы и др.).

Директива 2019/770 включает в себя специальное регулирование по целому ряду вопросов, в частности:

¹ Платонова Н.И. Современный подход к пониманию персональных данных // Право и современные государства. 2017. № 5. С. 16.

- что есть надлежащее исполнение обязательств о предоставлении цифрового контента и цифровых услуг;
- какой цифровой контент может быть признан не соответствующим договору;
- каковы средства правовой защиты потребителя при ненадлежащем исполнении обязательств профессиональной стороной;
- каковы последствия расторжения договора по причине его ненадлежащего исполнения продавцом, в том числе в тех ситуациях, когда возмездность выражалась в передаче персональных данных;
- как определить ущерб, подлежащий возмещению при неисполнении своих обязательств продавцом.

Специфика правового регулирования соответствующих отношений на основании Директивы 2019/770 наглядно демонстрирует, что процессы цифровой трансформации общественной жизни влияют на привычные правовые категории, в том числе на отдельные институты договорного права. Указанная трансформация является неизбежной, однако необходимо понять, что изменение предмета договора или способа передачи товара, а также появление новых вариантов возмездности сделок не меняют сущностные категории обязательственного права, известные еще со времен Древнего Рима¹.

В целом соглашаясь с подходом А.Ю. Мамычева и О.И. Мирошниченко, согласно которому «“цифровизация” общества ведет к трансформации не только действующей системы законодательства, но и системы права, теории права и правовой культуры общества»², мы тем не менее выступаем за прогрессивную адаптацию устоявшихся правовых категорий к новым цифровым реалиям, что не исключает необходимости обновления как понятийного аппарата, так и фундаментальных цивилистических постулатов.

В заключение необходимо отметить, что эффективное правовое регулирование вопросов электронной торговли цифровым контентом возможно только при комплексном подходе, основанном на охвате различных аспектов цифровизации и их влияния на права потребителей, а также при осуществлении на уровне ЕАЭС согласованной политики, направленной на защиту прав потребителей и охрану персональных данных.

¹ *Rusakova E.P., Frolova E.E., Gorbacheva A.I.* Digital rights as a new object of civil rights: issues of substantive and procedural law // *Advances in Intelligent Systems and Computing*. 2020. Т. 1100. Р. 665–673.

² *Мамычев А.Ю., Мирошниченко О.И.* Указ. соч. С. 127.

*Гутников Олег Валентинович,
главный научный сотрудник Института
законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации,
доктор юридических наук*

**Договоры с условиями *take or pay* или *ship or pay*:
гражданско-правовая природа и перспективы
их закрепления в законодательстве**

Гражданское законодательство, как известно, построено на принципе свободы договора (п. 1 ст. 1, ст. 421 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)), который предполагает возможность конструирования самых разных договорных конструкций, как предусмотренных, так и не предусмотренных законом (непоименованные договоры), а также смешанных договоров, содержащих в себе элементы договоров различного типа. Свобода договора предполагает также возможность включения в него любых не противоречащих закону условий.

Поэтому в большинстве случаев, когда ставится вопрос о дополнении закона теми или иными новыми видами договоров, целесообразность предлагаемых нововведений представляется крайне сомнительной, поскольку практически любой «непоименованный» договор в силу принципа свободы договора и без изменения законодательства имеет право на существование.

С другой стороны, основываясь на данной логике, из ГК РФ можно было бы практически полностью исключить всю его вторую часть, предусматривающую отдельные виды договоров, и ограничиваться регулированием общих положений о договорах и обязательствах. Тем не менее и в ГК РФ, и в зарубежных гражданско-правовых кодификациях отдельные виды договоров все же предусмотрены, причем речь, как правило, идет о наиболее типичных и распространенных в практике гражданского оборота конструкциях (купля-продажа, мена, дарение, подряд, аренда и т.д.).

Следует также учитывать, что сама по себе классификация поименованных в законе договоров включает в себя три основных уровня: «первичный», обычно именуемый видами договоров, перечисленных

в особенной части ГК РФ (договоры купли-продажи, аренды, подряда и т.д.), которые, в свою очередь, делятся на различные подвиды (договоры розничной купли-продажи, поставки, проката, строительного подряда). «Вторичный» уровень классификации, обычно именуемый типами договоров, распределяет все виды договоров на несколько групп (типов) по ключевым признакам (договоры, направленные на передачу имущества в собственность, на передачу имущества в пользование, подрядные договоры, договоры оказания услуг). Наконец, третий уровень классификации, именуемый «специальные договорные конструкции»¹, представляет собой высший уровень обобщения и включает несколько наиболее общих моделей, которые могут применяться ко всем видам и типам договоров (публичный договор, договор присоединения, предварительный договор, рамочный договор, опционный договор, абонентский договор, договор в пользу третьего лица).

Представляется, что основным политико-правовым резонансом прямого регулирования тех или иных договоров разных уровней классификации является стремление законодателя установить в отношении этих договоров обязательные правила, которые, с одной стороны, будут защищать «типовые» интересы участников таких договоров, а с другой стороны, обеспечат «прозрачность» соответствующих договорных связей для государства, предсказуемость и единообразие разрешения судами вытекающих из них споров, а также их надлежащий учет и контроль, в том числе в фискальных целях. Помимо этого, прямое регулирование тех или иных договоров непосредственно в законе выполняет также «информационно-восполнительную» функцию, помогая сторонам таких договоров правильно сориентироваться в построении своих договорных связей и при отсутствии каких-либо положений в договоре рассчитывать на применение к соответствующим правоотношениям предусмотренных законом диспозитивных норм. Также следует учитывать «консерватизм» судов и иных правоприменительных органов, которые при отсутствии в законе прямой записи о возможности заключения того или иного договора склонны толковать закон ограничительно и отказывать таким договорам в праве на существование, хотя такой подход в корне противоречит основополагающим принципам гражданского права.

¹ См.: *Витрянский В.В.* Специальные договорные конструкции в условиях реформирования гражданского законодательства // *Гражданское право и современность: Сб. ст., посвященный памяти М.И. Брагинского.* М., 2013. С. 416–425.

С другой стороны, отсутствие прямого регулирования в законе того или иного договора на практике часто ведет к тому, что суды начинают применять к такому договору самые разные правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом (п. 3 ст. 421 ГК РФ), притом что эти правила порой не согласованы между собой и логически противоречивы. Более того, разные суды могут по-разному толковать один и тот же непоименованный договор, подчиняя его совершенно разным правилам об иных видах поименованных договоров, что, безусловно, нарушает принцип правовой определенности и ведет к нарушению прав и законных интересов участников договорных отношений.

Указанные выше обстоятельства в целом позволяют прийти к выводу о том, что, несмотря на действие принципа свободы договора, прямое законодательное регулирование различных договорных связей способствует укреплению стабильности гражданского оборота.

Однако дискуссионным остается вопрос о том, какие именно договоры заслуживают того, чтобы быть непосредственно поименованными в законе, а какие нет. Очевидно, что закрепление в законе всех возможных видов, типов и моделей договоров или договорных условий просто физически невозможно ввиду их огромного разнообразия. Представляется, что политико-правовой выбор конкретной договорной конструкции, заслуживающей право быть упомянутой в законе, обусловлен несколькими причинами:

1) распространенностью такого договора на практике и востребованностью его участниками гражданского оборота (большинство видов договоров, поименованных в законе, — купли-продажи, дарения, подряда, аренды, предварительный договор, рамочный договор);

2) необходимостью защиты интересов слабой стороны договора (договор ренты на условиях пожизненного содержания гражданина с иждивением, договор присоединения, публичный договор);

3) важным значением договора для развития экономики (договор финансовой аренды (лизинга); договор финансирования под уступку денежного требования (договор факторинга); договор условного депонирования (эскроу), опционный договор).

Представляется, что любой из названных причин в отдельности или их совокупности будет достаточно для того, чтобы закрепление в законе той или иной договорной конструкции было оправдано в политико-правовом плане.

При этом, безусловно, следует учитывать, что специального закрепления в законе заслуживают лишь те конструкции, которые действительно обладают различительными юридическими особенностями,

а не представляют собой лишь модификации известных гражданско-правовых договоров.

Одной из обсуждаемых в последнее время договорных конструкций на предмет ее возможного включения непосредственно в ГК РФ являются договоры, построенные на принципах *take or pay* («бери или плати») или *ship or pay* («отгружай или плати»)¹. Суть этих принципов в общих чертах заключается в том, что сторона-плательщик (заказчик), принимающая исполнение по долгосрочному возмездному договору, должна в любом случае платить за согласованное минимальное количество (объем) поставляемого товара, выполняемых работ или оказанных услуг вне зависимости от того, нуждается ли эта сторона в предоставлении указанного количества (объема) и затребовала ли она это исполнение в предусмотренные договором сроки. При этом размер платежа за исполнение по условиям договора может корректироваться в зависимости от того, как изменился фактический объем затребованного исполнения по сравнению с минимально согласованным объемом (уменьшился или увеличился), причем плата может корректироваться как в сторону уменьшения, так и в сторону увеличения, не обязательно соответствуя характеру изменения затребованного объема. Например, при уменьшении объема исполнения по сравнению с минимально запланированным платеж может быть как уменьшен, так и увеличен по сравнению с изначально согласованной суммой.

Потребность в подобных договорных условиях изначально возникла в сфере естественных монополий (газоснабжение) в связи с необходимостью на долгосрочной основе минимизировать финансовые риски монополиста, возникающие от «недобора» покупателями ресурсов, организация поставки которых требует значительных материальных и организационных затрат, в том числе инвестиций в инфраструктуру, позволяющую обеспечить поставки в необходимом объеме. Постепенно вставал вопрос о возможности применения соответствующих условий и в иных отраслях (железнодорожные перевозки² и др.).

¹ В юридической литературе разворачивается дискуссия о содержании и назначении этого условия с точки зрения квалификации как меры ответственности или способа расчета в правоотношениях участников договора, подчеркивается связанность условия *take or pay* с транспортными обязательствами (см.: *Синицын С.А.* Трубопроводный транспорт: предмет законодательного регулирования и специфика отдельных договорных конструкций // Законодательство. 2019. № 3).

² См., например: РЖД встает на рельсы «Газпрома». На железной дороге могут ввести механизм *take or pay* // Коммерсантъ. 2016. 13 сентября. № 168; Должны быть предусмотрены обязательства *ship or pay* // Коммерсантъ. 2020. 20 марта. № 50.

В связи с этим в России в период активного реформирования гражданского законодательства возникли дискуссии о правовой природе данных условий и о том, нужно ли их в том или ином виде прямо предусматривать в законе¹. Высказывались различные точки зрения на то, что представляют собой подобного рода условия, и в первую очередь «яблоком раздора» оказалась правовая природа платежа, гарантированно уплачиваемого заказчиком поставщику (исполнителю) независимо от фактического потребления минимально согласованного товара (работы, услуги).

Учитывая, что данный платеж осуществляется и при отсутствии фактической поставки товара (услуги), возникает очевидная опасность рассмотрения его в качестве дарения и признания незаконным в отношениях между коммерческими организациями. Поэтому его пытались квалифицировать и как неустойку (штраф) за «невыборку» получателем товара (ст. 333 ГК РФ), и как плату за одностороннее изменение договора (п. 3 ст. 310 ГК РФ), и как обязанность возместить убытки, причиненные нарушением договорной обязанности, вызвавшим изменение договора (п. 5 ст. 453 ГК РФ), и как возмещение потерь (ст. 406.1 ГК РФ), и как возмещение расходов, понесенных энергоснабжающей организацией в связи с обеспечением подачи энергии не в обусловленном договором количестве (п. 2 ст. 541 ГК РФ), и как плату за товар при нарушении обязанности покупателя его принять (п. 4 ст. 514 ГК РФ), и как изменившуюся (возросшую) плату за фактически поставленный товар при наступлении условия «невыборки» товара (ст. 157, 327.1, 485 ГК РФ).

Помимо этого, обсуждалось и «конструирование» специальной модели договоров с условиями *take or pay* или *ship or pay* либо отнесение таких договоров к рамочному, абонентскому или опционному договору.

В 2018 г. Минэкономразвития России разработало законопроект, направленный на «внедрение» принципа *take or pay* в ГК РФ² путем

¹ См., например: *Морозов А.Н.* Оговорка «бери или плати» в соответствии с российским гражданским правом // Закон. 2007. № 12. С. 161–167; *Семенцов П.* О договорах *take or pay* («бери или плати»). URL: https://zakon.ru/discussion/2015/9/28/o_dogovorah_takeorpay_beri_ili_plati; *Он же.* Продолжение рассуждений о договорах *take or pay* («бери или плати»). URL: https://Zakon.ru/blog/2018/2/prodolzhenie_rassuzhdenij_o_dogovorah_take_or_pay_beri_ili_plati; *Кузнецова Л.* Договорная модель *take or pay*: возможно ли это в российском праве? URL: https://zakon.ru/blog/2017/4/4/dogovornaya_model_take_or_pay_vozmozhno_li_eto_v_rossijskom_prave

² Проект федерального закона «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации». URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=78591>

дополнения статьи об абонентском договоре (ст. 429.4 ГК РФ) новым пунктом, позволяющим устанавливать отдельную плату за количество или объем исполнения, предоставляемого по дополнительному требованию сверх объема и количества, которое в случае его затребования покрывается абонентской платой. При этом устанавливалось, что стоимость дополнительного объема за единицу исполнения можно устанавливать как выше, так и ниже изначально установленной в отношении согласованного лимита. Однако подобное регулирование по существу ничего не добавляло в конструкцию абонентского договора, а предлагаемое новое условие можно было включать в договоры и без специального указания об этом в законе в силу принципа свободы договора, в связи с чем законопроект был подвергнут справедливой критике¹ и не получил дальнейшего движения.

Рассмотрим основные особенности принципа *take or pay* («бери или плати») или *ship or pay* («отгружай или плати») и попытаемся ответить на вопрос о том, что представляет эта конструкция с гражданско-правовой точки зрения и требует ли она в том или ином виде самостоятельного закрепления в ГК РФ.

Как пишет Б. Холланд², принцип *take or pay* широко применяется в контрактах на поставку газа, сжиженного газа, электроэнергии и иных контрактах, заключаемых в энергетическом секторе, и обеспечивает для покупателя выбор из двух вариантов поведения: получить обозначенный в контракте объем газа (иного ресурса) либо заплатить за обозначенный в контракте объем газа в любом случае, даже если весь объем газа не будет отобран покупателем. Принцип *ship or pay* (или *send or pay*) в энергетическом секторе обычно применяется в контрактах на транспортировку ресурса или в соглашениях о резервировании мощностей и обеспечивает для отправителя выбор из двух вариантов поведения: получить транспортные услуги в установленном контрактом объеме либо заплатить за них в любом случае, даже если услуги по транспортировке соответствующего ресурса не будут оказаны.

В Великобритании Палата лордов неоднократно рассматривала требования, основанные как на принципе *take or pay*, так и на прин-

¹ См., например: *Лисаченко А.* Не то бери, не то плати: любопытный законопроект «два в одном». URL: https://regforum.ru/posts/3766_ne_to_beri_ne_to_plati_lyubopytnyy_zakonoproekt_dva_v_odnom/

² *Holland B.* Enforceability of Take-or-pay Provisions in English Law Contracts – Resolved // *Journal of Energy & Natural Resources Law.* 2016. Vol. 34. Issue 4. P. 443–453. URL: <https://squirepattonboggis.com/~media/files/insights/publications/2016/05/enforceability-of-take-or-pay-provisions-in-english-law-contracts/>

ципе *ship or pay*, и во всех случаях даже не вставал вопрос о том, что данные принципы не обладают юридической силой и не могут быть принудительно исполнены¹.

При рассмотрении правовой природы платежей, поступивших при реализации принципов *take or pay* и *ship or pay*, английские суды не признают указанные платежи санкцией (*penalty*), т.е. штрафом за неисполнение обязательства, поскольку никакого нарушения со стороны покупателя не происходит: он реализует свое право выбора потребовать и принять согласованный объем исполнения по определенной цене или отказаться от этого. Покупатель не несет договорной обязанности принять или погрузить для перевозки минимальное количество товара, а имеет лишь право затребовать товар (или предъявить его к перевозке) в согласованном минимальном объеме. Суды при выборе между признанием таких платежей ущербом (*damages*) или долгом (*debts*) относят их к долгу за *встречное предоставление*². По английскому праву платежи, взимаемые во исполнение принципа *take or pay*, или провозная плата, взимаемая в соответствии с принципом *ship or pay*, рассматриваются как долг покупателя или отправителя перед поставщиком или перевозчиком за предоставленную возможность получить газ или иной природный ресурс либо отправить товар. Покупатель (отправитель груза) платит за «услугу по резервированию способности»³ исполнителя предоставить минимальный объем исполнения по требованию покупателя в согласованные в договоре сроки. Данные платежи не рассматриваются как заранее оцененные убытки (для английского права это имеет принципиальное значение, так как взыскание долгов и убытков осуществляется в рамках различных видов исков по различным видам судопроизводства).

Таким образом, принципы *take or pay* и *ship or pay* являются по существу тождественными и отличаются друг от друга лишь по виду правоотношений, в которых они используются: в отношениях между поставщиком и покупателем действует принцип *take or pay*, а в отношениях между отправителем и перевозчиком (или владельцем транспортной сети) действует принцип *ship or pay*.

¹ См., например: *Total Gas Marketing Ltd vs Arco British Ltd and Others* [1998]. URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd980520/total01.htm>

² *Holland B. Enforceability of Take-or-pay Provisions in English Law Contracts – Resolved* // Journal of Energy & Natural Resources Law. 2016. Vol. 34. Issue 4.

³ *A fee for the service of «reserving» capacity (Holland B. Enforceability of Take-or-pay Provisions in English Law Contracts – Resolved* // Journal of Energy & Natural Resources Law. 2016. Vol. 34. Issue 4).

Теоретически данные принципы могут применяться не только в договорах поставки или перевозки, но и в любых договорах на оказание услуг, в которых заказчику предоставляется право в пределах согласованного срока выбрать минимальный объем услуг за определенную плату.

Указанные принципы признаются международными судами при рассмотрении споров, однако практика их применения не является однородной.

Так, в результате решений Стокгольмского арбитража, принятых в декабре 2017 г. и феврале 2018 г., украинская компания «Нафтогаз» (декабрь 2017 г. и февраль 2018 г.) должна заплатить российскому ПАО «Газпром» 2,1 млрд долл. за поставки газа в 2014 г., тогда как ПАО «Газпром» должен заплатить компании «Нафтогаз» 4,7 млрд долл. за недостаточные объемы транзита газа начиная с 2013 г. При этом Стокгольмский арбитражный суд не учел платежи, которые компания «Нафтогаз» должна ПАО «Газпром» по принципу *take or pay* (хотя такой принцип заложен в контракте), однако счел, что ПАО «Газпром» обязано было транспортировать через Украину объемы не менее 110 млрд кубометров в год (хотя принцип *ship or pay* в контракте в явном виде не присутствует)¹. Принятые решения обжаловались компанией «Газпром» в Апелляционном суде округа Свеа (Швеция), однако 27 ноября 2019 г. Апелляционный суд отклонил апелляцию «Газпрома» на решение Стокгольмского арбитража от 31 мая 2017 г., в котором суд полностью отклонил претензии «Газпрома» по положению «бери или плати»².

В практике США, Канады и Великобритании при транспортировке нефти и иных ресурсов широко применяется принцип *ship or pay*. Например, в США распространена практика заключения двух видов договоров о транспортировке нефтепродуктов: договор об оказании услуг по транспортировке (*Transportation Service Agreement*) и договор о минимальной отгрузке (*Troughput and Deficiency Agreement*). Данные договоры призваны установить минимальный объем отгруженной нефти, чтобы обеспечить в целях проектного финансирования денежные поступления от грузоотправителей.

Данные договоры по своей правовой природе представляют собой гражданско-правовой договор, по которому:

¹ URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3560618>

² URL: <https://finance.rambler.ru/economics/43243244-gazprom-proigral-bitvu-naftogazuno-ne-voynu-v-stokgolmskom-arbitrazhe/>

– грузоотправитель предоставляет к отправке минимальный объем партии нефти, установленный в договоре, а также уплачивает разницу между фактически отгруженным и минимальным объемом нефти в случае недоотгрузки минимального объема;

– перевозчик обязан принять нефть к отгрузке и оказать услуги по ее транспортировке¹.

Как отмечается в литературе, с точки зрения экономической теории договорная модель, построенная на принципах *take or pay*, «призвана уменьшить риски поставщика (исполнителя, подрядчика) от «недозагрузки» мощностей, что имеет особое значение при планировании крупных проектов с большими финансовыми вложениями... Уменьшение данного риска в теории ведет к снижению цены для стороны-плательщика. Договорная модель *take or pay* необходима и для получения финансирования по такому проекту, так как банку или иной финансирующей организации нужны гарантии, что компания сможет обслуживать кредитный долг из будущих доходов»².

С учетом изложенного принципы *take or pay* и *ship or pay* представляют собой вид платы за гарантированную возможность в долгосрочной перспективе получать и (или) использовать ресурс (товары, транспортную инфраструктуру, площади, услуги и т.д.) в тех сферах экономики, где имеет место ограниченная возможность поставщика ресурса (услуг) обеспечить им всех заинтересованных лиц в любом запрошенном ими объеме. Объективная нехватка (дефицит) ресурса делает отношения между поставщиками (исполнителями) и покупателями (получателями услуг) взаимовыгодными и основанными на встречном предоставлении даже в том случае, если получатель ресурса вынужден платить при отсутствии поставки (исполнения). В данном случае встречное предоставление для покупателя заключается в самом резервировании поставщиком согласованного объема ресурса. Рассматриваемые принципы направлены на защиту как интересов поставщика ресурса (услуг), так и интересов потребителя ресурса (услуг), поскольку их применение минимизирует возможность недозагрузки мощностей при условии неудовлетворенности интересов других потребителей в поставках ресурса (получении услуг). Поставщик ресурса гарантирует себе определенное неснижаемое количество денег, поступающих в любом

¹ Салыгин В.И., Гулиев И.А., Хубаева А.О. Зарубежный опыт применения принципа «качай или плати» в сфере трубопроводного транспорта // Вестник МГИМО. 2015. № 4. С. 46–52.

² Семенов П. О договорах *take or pay* («бери или плати»). URL: https://zakon.ru/discussion/2015/9/28/o_dogovorah_takeorpay_beri_ili_plati

случае за поставку ресурса, а покупатель гарантирует себе определенное количество ресурса и фиксирует за этот ресурс определенную цену или порядок ее определения. Обе стороны оказываются в выигрыше и избегают неблагоприятного изменения конъюнктуры рынка.

Как указано в пояснительной записке Минэкономразвития России к проекту федерального закона, предусматривающего внесение изменений в ГК РФ в целях закрепления принципа «бери или плати», применение данного принципа «позволяет минимизировать риск финансовых потерь исполняющей стороны, связанных с получением возможности и *поддержанием состояния готовности*¹ предоставить исполнение, если при этом не осуществляется запланированный объем исполнения (реализации товаров, работ, услуг)»².

Однако есть ли необходимость специального закрепления модели договоров на принципах *take or pay* или *ship or pay* непосредственно в законе?

В настоящее время данная модель с определенной степенью условности отражена в нормах ГК РФ об абонентском договоре (ст. 429.4 ГК РФ), а также в сфере газоснабжения, электроэнергетики, транспортировки нефти и коммунальных услуг в виде так называемого расчетного способа ценообразования за поставляемый ресурс. Однако данные нормы не в полной мере отражают специфику договоров с условиями *take or pay* или *ship or pay*.

Так, в соответствии со ст. 429.4 ГК РФ договором с исполнением по требованию (абонентским договором) признается договор, предусматривающий внесение одной из сторон (абонентом) определенных, в том числе периодических, платежей или иного предоставления за право требовать от другой стороны (исполнителя) предоставления предусмотренного договором исполнения в затребованных количестве или объеме либо на иных условиях, определяемых абонентом. При этом абонент обязан вносить платежи или предоставлять иное исполнение по абонентскому договору независимо от того, было ли затребовано им соответствующее исполнение от исполнителя, если иное не предусмотрено законом или договором.

Однако в полной мере считать, что в абонентских договорах закреплено договорное условие «бери или плати», которое отражает специфику договоров, заключаемых в сфере естественных монополий, невозможно в связи со следующим:

¹ Курсив мой. – О.Г.

² URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=78591>

1) абонентский договор рассчитан в первую очередь на сферу таких услуг, в которых точный подсчет объема услуг представляется крайне затруднительным, в силу чего сторонам проще установить «безлимитное» оказание услуг по требованию абонента в течение определенного времени. Никакого заранее согласованного количества (объема) предоставляемых услуг в абонентском договоре, как правило, не устанавливается, что выражается в формуле «право требовать от исполнителя предусмотренного договором исполнения *в затребованных* количестве или объеме». В отличие от этого в договорах по принципу «бери или плати» количество (объем) поставляемого ресурса легко определяется с помощью различных измерительных приборов, а в договоре заранее согласовывается это количество (объем);

2) если абонентские договоры и включают заранее согласованное количество (объем) оказываемых услуг, то, как правило, это условие определяет верхнюю границу, максимальный объем услуг. В договорах с условием «бери или плати», наоборот, заранее согласованный объем услуг всегда имеет характер *минимального* предела, за который потребитель в любом случае должен заплатить, а если этот лимит будет превышен, то и размер платы может быть изменен (причем может иметь место как доплата за превышение объема, так и изменение цены за весь объем поставленного ресурса в целом или за объем, потребленный «сверх» согласованного минимального лимита). Верхняя граница в договорах «бери или плати», как правило, не предусматривается, поскольку интерес исполнителя (поставщика ресурса) – обеспечить получение платежа за гарантированный минимум ресурса, при этом не всегда исполнитель готов зафиксировать максимум объема предоставления;

3) исходя из изложенного, в договорах «бери или плати» минимальное количество (объем) ресурсов является существенным условием договора, в то время как в абонентский договор пороговые значения количества (объема) услуг могут вообще не включаться, а существенным условием является срок оказания услуг (хотя закон такого условия для абонентского договора прямо и не предусматривает).

В остальном абонентский договор и договор с условиями *take or pay (ship or pay)* являются очень схожими: и в том, и в другом случае потребитель услуг (получатель ресурса) не несет обязанности «выбрать» ресурс в определенном минимальном объеме, за нарушение которой установлена финансовая санкция (неустойка), как считают отдельные авторы¹, а всего лишь имеет право это сделать за установленную до-

¹ См.: Семенцов П. О договорах *take or pay* («бери или плати»). URL: https://zakon.ru/discussion/2015/9/28/o_dogovorah_takeorpay_beri_ili_plati

говором плату, уплачиваемую в любом случае, независимо от фактически выбранного объема ресурса.

При этом платеж в абонентском договоре производится, как указано в законе, именно *за право требовать* от другой стороны предусмотренного договором исполнения, т.е. предоставленное абоненту право требовать исполнения является само по себе достаточным встречным удовлетворением независимо от фактического объема поставляемого ресурса. То же самое имеет место и в договоре, основанном на принципе *take or pay*, где платеж осуществляется *за право получить ресурс по своему требованию в пределах заранее согласованного минимального объема*. Однако, как указывалось выше, абонентские договоры рассчитаны прежде всего на оказание услуг, точный объем которых посчитать затруднительно, тогда как договоры с условиями *take or pay (ship or pay)* – прежде всего на предоставление материальных ресурсов, количество которых легко верифицируется визуально (грузы, товары) или с помощью различных измерительных приборов (газ, нефть, коммунальные услуги, электроэнергия). Именно поэтому создается впечатление, что в договорах *take or pay* покупатель платит за предоставление ресурса, а не за саму возможность получить ресурс в затребованном объеме. И в случае, когда фактически потребленный объем ресурса оказывается меньше запланированного минимального объема, у судов возникает понятное желание посчитать и квалифицировать разницу как дарение или неосновательное обогащение исполнителя.

Так как подобное толкование договоров с условиями *take or pay* в корне противоречит их экономической сущности, платеж за предоставляемый ресурс пытаются квалифицировать по-иному, например, как неустойку (санкцию) за нарушение некой мифической обязанности покупателя «принять и оплатить» минимальное количество ресурса. Именно желание избежать квалификации платежа за фактически не переданный ресурс в качестве неосновательного обогащения или дарения привело в сфере газоснабжения к искусственному конструированию вместо права некой «обязанности» выбрать ресурс, за нарушение которой покупатель должен уплатить поставщику (исполнителю) штрафную санкцию. В результате создалась тенденция квалификации платы потребителя ресурса как ответственности за отказ от затребования оговоренного минимального объема предоставления (по аналогии с Правилами поставки газа в Российской Федерации, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 5 февраля 1998 г. № 162, где говорится о возможности установления в договорах поставки газа минимального объема потребления газа и санкциях за невыборку минимального объема).

В частности, Правила поставки газа предусматривают (п. 16), что невыборка газа не дает покупателю права требовать впоследствии увеличения поставок газа свыше суточной нормы. При невыборке газа покупателями, потребляющими до 10 000 тыс. куб. м газа в год, в соответствии с заключенными договорами поставки газа объем невыбранного газа не оплачивается и санкции за невыборку газа не предусматриваются. Иное правило в отношении покупателя за невыборку газа по договорам поставки газа, заключенным на организованных торгах, может быть установлено в указанных договорах.

Данная норма квалифицирует плату в рамках принципа *take or pay* как санкцию (фактически неустойку), которая, однако, может быть в определенных случаях уменьшена судом на основании ст. 333 ГК РФ. Поэтому хотя квалификация соответствующего платежа в качестве неустойки и позволяет уйти от «опасного» для поставщиков дарения или неосновательного обогащения, тем не менее такое решение вопроса также не является идеальным для исполнителя (поставщика ресурса).

В связи с этим платеж по принципу *take or pay* можно пытаться «подвести» под специфический способ ценообразования за передаваемый ресурс по аналогии с расчетным способом ценообразования, применяемым в сферах газоснабжения, электроэнергетики, транспортировки нефти и коммунальных услуг. Суть его заключается в том, что потребитель при отсутствии измерительных приборов и невозможности точно посчитать объем ресурса в любом случае оплачивает ресурс по объему потребления, соответствующему проектной мощности потребляющих ресурс приборов и времени, в течение которого подавался ресурс в период неисправности или отсутствия измерительных приборов¹. Тем самым платеж является фиксированной платой за ресурс независимо от фактически потребленного объема. Верховный Суд РФ относит расчетный способ определения объема потребленного энергетического ресурса к *методу ценообразования*, не квалифицируя его в качестве

¹ См. п. 23 Правил поставки газа в Российской Федерации (утв. Постановлением Правительства РФ от 5 февраля 1998 г. № 162); п. 3.9 Правил учета газа (утв. Приказом Министерства энергетики РФ от 30 декабря 2013 г. № 961); ч. 2 ст. 13 Федерального закона от 23 ноября 2009 г. № 261-ФЗ «Об энергосбережении и о повышении энергетической эффективности и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»; п. 195 Основных положений функционирования розничных рынков электрической энергии (утв. Постановлением Правительства РФ от 4 мая 2012 г. № 442); п. 62 Правил предоставления коммунальных услуг собственникам и пользователям помещений в многоквартирных домах и жилых домов (утв. Постановлением Правительства РФ от 6 мая 2011 г. № 354).

санкции или неустойки¹. На правовую природу расчетного способа как метода ценообразования обращается внимание в юридической литературе².

Однако совершенно очевидно, что расчетный способ ценообразования является вынужденным исключением из общего правила о необходимости оплачивать фактический объем предоставленного исполнения. Этот способ призван стимулировать потребителей ресурсов к использованию приборов учета для определения количества потребленных ресурсов. Только в связи с отсутствием объективных условий для определения фактического потребления в порядке исключения установлен подход, согласно которому фактический объем потребления ресурсов не принимается во внимание. Однако при этом сам факт предоставления ресурса не подвергается сомнению: он поставляется в любом случае независимо от предъявления требования потребителя, и платеж осуществляется тем не менее за фактически поставляемый ресурс по расчетному объему (определяемому по проектной мощности и времени потребления).

Между тем в договорах с условиями *take or pay*, как и в абонентском договоре, платеж осуществляется не за поставляемый ресурс, а за право потребовать соответствующий ресурс в любое время или фактически — за резервирование наличия соответствующего ресурса в нужном объеме в пределах действия договора (обеспечение готовности предоставить ресурс), что не «вписывается» в конструкцию расчетного метода ценообразования за сам поставляемый ресурс.

Поэтому платеж в договорах с условиями *take or pay* (*ship or pay*) больше соответствует плате за подключение или за «доступ к ресурсу», которая применяется в некоторых сферах естественных монополий, в которых исполнитель предоставляет потребителю на определенный срок доступ к ресурсу. Например, в соответствии с подп. «е» п. 8 Правил обеспечения недискриминационного доступа к услугам субъектов естественных монополий по транспортировке нефти (нефтепродуктов) по магистральным трубопроводам в Российской Федерации³ при исполнении договора потребитель обязан оплатить оператору в порядке и сроки, которые предусмотрены договором, услуги

¹ См. апелляционное определение Верховного Суда РФ от 23 августа 2018 г. № АПЛ18-312.

² См.: Садиков О.Н. Правовые вопросы газоснабжения. М., 1961. С. 135; Символов О.А. Ответственность за нарушение договорных обязательств в сфере электроэнергетики // Журнал российского права. 2018. № 5. С. 63–74.

³ Утверждены Постановлением Правительства РФ от 29 марта 2011 г. № 218.

по транспортировке нефти (нефтепродуктов) независимо от факта потребления таких услуг, за исключением случаев возникновения обстоятельств непреодолимой силы, предусмотренных законодательством Российской Федерации, помешавших потребителю сдать нефть (нефтепродукты) для транспортировки по магистральному трубопроводу в пунктах отправления в количестве и сроки, которые предусмотрены договором.

В последнее время в отношении других сфер деятельности естественных монополий также предпринимаются попытки внедрения в законодательство подобных возможностей осуществлять платеж за резервируемый ресурс независимо от его фактического потребления или использования, поскольку имеющиеся в законодательстве механизмы для этого недостаточны.

Например, в феврале 2018 г. Минэкономразвития России подготовило проект изменений¹ в Правила недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии и оказания этих услуг², согласно которым предлагалось предусмотреть оплату энергоресурсов не за фактическое потребление, а за неиспользуемую резервируемую мощность. При этом, как отметил директор департамента развития электроэнергетики Минэнерго П. Сниккарс, введение платы за резервируемую мощность предполагает перераспределение между потребителями уже имеющихся затрат сетевых организаций на содержание сетевой инфраструктуры пропорционально тем величинам максимальной мощности, которые потребители заявили при техническом присоединении и в рамках которых сетевые организации приняли на себя обязательства в любой момент обеспечить таким потребителям передачу электроэнергии³.

В законодательстве есть и другие случаи, когда предусматривается возможность взимания платы за неоказанные услуги. Так, согласно п. 71 Правил перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом и городским наземным электрическим транспортом⁴ в случае

¹ Проект постановления Правительства РФ «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации по вопросам определения обязательств потребителей по оплате резервируемой мощности и взаимодействия субъектов розничных рынков электрической энергии» (подготовлен Минэкономразвития России 2 февраля 2018 г.) // СПС «Гарант».

² Утверждены Постановлением Правительства РФ от 27 декабря 2004 г. № 861.

³ См.: Интервью с директором департамента развития электроэнергетики Минэнерго Павлом Сниккарсом от 1 марта 2019 года. URL: <https://minenergo.gov.ru/node/14122>

⁴ Утверждены Постановлением Правительства РФ от 14 февраля 2009 г. № 112.

выдачи пассажиру по его просьбе багажа в пути следования деньги за непроследованное расстояние не возвращаются.

В данном случае денежные средства, не возвращенные пассажиру за фактически не оказанную услугу, нельзя расценивать ни как санкцию за ненадлежащее исполнение обязательства, ни как убытки, возмещаемые пассажиром перевозчику. Очевидно, что не возвращенная перевозчиком плата является платой за провоз багажа, т.е. платой за встречное предоставление, но по более дорогой цене (так как перевозчик фактически провез багаж на меньшее расстояние, чем было оплачено).

Подпункт 4 п. 1 ст. 108 Воздушного кодекса РФ (далее – ВК РФ) предусматривает, что если пассажиром заключен договор воздушной перевозки пассажира, предусматривающий условие о невозврате провозной платы при расторжении договора воздушной перевозки пассажира, уплаченная за воздушную перевозку пассажира провозная плата не возвращается, за исключением неиспользованных сумм, взимаемых перевозчиком в пользу иных организаций в соответствии с законодательством иностранных государств, с территорий, на территории или через территории которых осуществляется воздушная перевозка пассажира.

При приобретении невозвратного авиабилета пассажир оплачивает перевозку по более дешевому тарифу, но при этом лишается возможности вернуть денежные средства при неполучении услуг, за исключением случаев, прямо предусмотренных ВК РФ (смерть пассажира или близкого родственника, задержка отправления воздушного судна).

В данном случае плату, не возвращаемую за авиабилет при неоказании услуг по перевозке пассажиров, нельзя рассматривать в качестве санкции, так как возможность вернуть или не вернуть билет с получением оплаченной суммы заложена в тариф и поэтому должна рассматриваться как плата за услуги (даже в случае фактического неоказания соответствующих услуг).

Иногда плату по договорам с условиями *take or pay* (*ship or pay*) пытаются квалифицировать как возмещение исполнителю (поставщику) убытков или расходов, связанных с односторонним изменением получателем условий договора о количестве потребляемого ресурса, или как возмещение потерь, вызванных соответствующим изменением договора. Следует сказать, что подобные трактовки в корне не соответствуют существу возникающих между сторонами отношений. Любое изменение условий договора или его расторжение по своей сути не планируется заранее и в определенной степени является не-

предвидимым, неожиданным действием одной или обеих сторон договора, осуществляемым в зависимости от наступления тех или иных обстоятельств, связанных с исполнением договора. В то же время право требовать исполнения в любом количестве в пределах согласованного минимального объема не отвечает этим признакам, поскольку такое право заранее устанавливается в договоре и по своей сути не является изменением договора, а представляет собой изначально согласованное условие, определяющее порядок его исполнения. Тем более в таких условиях изменение количества (объема) ресурса в зависимости от требования покупателя (потребителя услуги) не может рассматриваться как какое-то нарушение договора, за которое могут применяться гражданско-правовые санкции (убытки, неустойка и т.д.) в соответствии с п. 5 ст. 453 ГК РФ.

В сфере энергоснабжения в принципе предусмотрена возможность одностороннего изменения по требованию абонента количества принимаемой энергии. При этом абонент обязан возместить расходы, понесенные энергоснабжающей организацией в связи с обеспечением подачи энергии не в обусловленном договором количестве (п. 2 ст. 541 ГК РФ).

Однако применение указанной нормы (даже по аналогии) для регламентации принципа *take or pay (ship or pay)* невозможно, так как для получения от абонента платы при снижении потребления энергоснабжающая организация должна доказать, что она понесла расходы в связи с обеспечением подачи энергии не в обусловленном договором количестве, и определить размер этих расходов. А при применении принципа *take or pay* и (или) *ship or pay* лицо, получающее плату, не должно доказывать размер понесенных убытков (и в принципе данная плата, например, в английском праве рассматривается не как возмещение убытков (*damages*), а как плата за встречное предоставление (*debts*)).

Неудовлетворительной является и трактовка платежа по договорам с условиями *take or pay* в качестве исполнения обязанности покупателя полностью оплатить товар при отказе от его принятия¹. Действительно, согласно п. 4 ст. 514 ГК РФ в случаях, когда покупатель без установленных законом, иными правовыми актами или договором оснований не принимает товар от поставщика или отказывается от его принятия, поставщик вправе потребовать от покупателя оплаты товара. Данная

¹ Кузнецова Л. Договорная модель *take or pay*: возможно ли это в российском праве? URL: https://zakon.ru/blog/2017/4/4/dogovornaya_model_take_or_pay_vozmozhno_li_eto_v_rossijskom_prave

норма в принципе предусмотрена для случаев, когда товар находится на ответственном хранении у покупателя. Однако даже при расширительном ее толковании и применении ко всем случаям, когда покупатель отказывается от приемки товара, в нашем случае она неуместна, поскольку основание «отказываться» принять товар в договорах с условиями *take or pay* как раз имеется и оно заранее согласовано в договоре как право покупателя требовать исполнения в пределах минимально согласованного объема. Покупатель при этом ничего не нарушает и не «отказывается» от обязанности принять товар, а просто не осуществляет свое право требовать исполнения в соответствующих заявках и определять его объем. При этом, когда точное количество товара не определено, у покупателя в принципе не может быть обязанности принять и оплатить не определенное количество товара.

Еще одним возможным вариантом определения природы условия *take or pay* является его квалификация в качестве возмещения потерь, не связанных с нарушением договора. В соответствии со ст. 406.1 ГК РФ стороны обязательства, действуя при осуществлении ими предпринимательской деятельности, могут своим соглашением предусмотреть обязанность одной стороны возместить имущественные потери другой стороны, возникшие в случае наступления определенных в таком соглашении обстоятельств и не связанные с нарушением обязательства его стороной (потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением требований третьими лицами или органами государственной власти к стороне или к третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п.). Соглашением сторон должен быть определен размер возмещения таких потерь или порядок его определения. По существу, речь идет о включении в договор суммы заранее оцененных убытков, которые могут возникнуть в результате неисполнения (ненадлежащего исполнения) договора из-за любых обстоятельств, не связанных с нарушениями какой-либо из сторон. При этом в соответствии с п. 2 ст. 406.1 ГК РФ суд не может уменьшить размер возмещения потерь, за исключением случаев, если доказано, что сторона умышленно содействовала увеличению размера потерь.

Однако конструкция возмещения потерь идеологически не соответствует существу отношений, возникающих в договорах с условиями *take or pay*, поскольку никаких чрезвычайных обстоятельств в таких договорах не наступает, а обязанность произвести платеж независимо от количества (объема) затребованного исполнения изначально входит в каузу соответствующего обязательства. По своей природе, как отмечалось выше, данный платеж является встречным предоставлением

за право требовать исполнения в любом количестве в пределах минимально согласованного сторонами объема. Кроме того, возмещение потерь, хотя и заранее оцененных, требует установления и доказывания целого ряда обстоятельств, которые несовместимы с платежом за встречное предоставление. Так, в соответствии с п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» возмещение потерь допускается, если будет доказано, что они уже понесены или с неизбежностью будут понесены в будущем. При этом сторона, требующая выплаты соответствующего возмещения, должна доказать наличие причинной связи между наступлением соответствующего обстоятельства и ее потерями. Очевидно, что подобный подход противоречит условиям *take or pay*, согласно которым предполагается, что сторона, взимающая плату, не обязана доказывать факт несения или неизбежного несения в будущем соответствующих потерь.

Не вполне соответствуют принципу *take or pay* и отношения, возникающие между должником и кредитором при применении п. 3 ст. 310 ГК РФ. В соответствии с данной нормой предусмотренное ГК РФ, другим законом, иным правовым актом или договором право на односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, или на одностороннее изменение условий такого обязательства может быть обусловлено по соглашению сторон необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне обязательства.

Во-первых, как указывалось выше, в договорах с условиями *take or pay* в принципе не происходит какого-либо одностороннего отказа от обязательства или изменения его условий, поскольку кредитору изначально предоставляется право требовать исполнения в определяемом им объеме в пределах согласованного минимального значения. Поэтому осуществление кредитором права определять объем исполнения представляет собой существо соответствующего обязательства и не может рассматриваться как результат изменения или расторжения договора. Обязательство по уплате денежной суммы независимо от количества затребованного кредитором исполнения возникает не с момента «отказа» или «изменения условий обязательства»¹, а с момента заключения договора на условиях *take or pay*.

¹ В соответствии с п. 16 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского

Во-вторых, Верховный Суд РФ разъяснил, что «если будет доказано очевидное несоответствие размера этой денежной суммы неблагоприятным последствиям, вызванным отказом от исполнения обязательства или изменением его условий, а также заведомо недобросовестное осуществление права требовать ее уплаты в этом размере, то в таком исключительном случае суд вправе отказать в ее взыскании полностью или частично (п. 2 ст. 10 ГК РФ)»¹. Тем самым при квалификации платежа на условиях *take or pay* в качестве платы за одностороннее изменение условий договора суды могут, по существу, корректировать размер этого платежа, что очевидно не соответствует задачам данной конструкции.

В пояснительной записке к проекту федерального закона «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации», в котором предлагалось закрепить принцип *take or pay* в ГК РФ, отмечалось, что договор с условием «бери или плати» может быть смешанным и содержать элементы следующих договоров:

«1) абонентского, в котором была бы согласована абонентская плата (платеж за минимальное гарантированное количество исполнения, предусмотренный условием «бери или плати»), уплачиваемая независимо от факта и объема востребованного заказчиком исполнения и не рассматриваемая как ответственность за нарушение обязательства или иная финансовая санкция;

2) рамочного договора, в котором бы определялись общие условия исполнения сверх согласованного количества или объема при условии, что первоначально согласованные количество или объем исполнения являются встречным предоставлением к абонентской плате»².

Однако следует отметить, что подобные договоры в первую очередь содержат элементы не рамочного договора, а договора с открытыми условиями, хотя элементы рамочного договора, определяющего на будущее общие параметры исполнения сверх согласованного, в таких договорах и могут иметь место. Но прежде всего договоры с условиями *take or pay* содержат элементы долгосрочного договора с открытыми

кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» по смыслу п. 3 ст. 310 ГК РФ обязанность по выплате денежной суммы возникает в результате соответствующего изменения или расторжения договора (п. 2 ст. 450.1 ГК РФ). С момента осуществления такого отказа (изменения условий обязательства) первоначальное обязательство прекращается или изменяется и возникает обязательство по выплате определенной денежной суммы.

¹ Пункт 16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

² URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=78591>

условиями, которые могут быть конкретизированы путем подачи заявок одной из сторон (ст. 429.1 ГК РФ). Такие договоры в полной мере нельзя назвать рамочными, поскольку они не предполагают заключение в будущем отдельных дополнительных соглашений, предусматривающих существенные условия, а представляют собой полноценный долгосрочный договор, содержащий уже в момент его заключения все существенные условия о цене, предмете, пороговых и предельных значениях количества (объема), сроков исполнения и т.д. Конкретизацию объема исполнения в заявках покупателя (заказчика) нельзя считать определением существенных условий договора, построенного на принципах *take or pay*, поскольку количество (объем) исполнения в пределах согласованных лимитов в принципе не имеет значения для юридической цели (каузы) таких договоров. Поэтому если и говорить о смешанном договоре применительно к договорам с условиями *take or pay*, то скорее о смешении абонентского договора и договора с открытыми условиями и факультативно — рамочного договора.

Помимо этого, такие договоры содержат элементы опционного договора (ст. 429.3 ГК РФ), по которому одна сторона на условиях, предусмотренных этим договором, вправе потребовать в установленный договором срок от другой стороны совершения предусмотренных опционным договором действий (в том числе передать имущество). За право заявить требование по опционному договору сторона уплачивает предусмотренную таким договором денежную сумму. Как указывает А.Г. Карапетов, «экономическая функция такого платежа состоит в компенсации неудобств, которые принимает на себя сторона, согласившаяся претерпевать произвольный выбор управомоченной на востребование стороны и неопределенность»¹. В договорах *take or pay* платеж выполняет ту же функцию, компенсируя усилия и затраты исполнителя, резервирующего ресурсы для заказчика в пределах минимальных лимитов. Опционный договор «может содержать «усиленное» секундарное право, предполагающее, что управомоченная сторона может не только востребовать исполнение по своему усмотрению, но еще и в одностороннем порядке определить объем востребуемого исполнения, как правило, в пределах установленных в опционном договоре лимитов»².

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 357–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-ЛОГОС. Электронное издание. Редакция 1.0, 2017. С. 922.

² Там же. С. 920.

Опционный договор, таким образом, как и договор с условиями *take or pay*, представляет собой договор с исполнением до востребования. Соответственно, платеж по договору с условиями *take or pay* можно рассматривать как опционную премию или встречное предоставление за право заявить требование об исполнении в пределах согласованного сторонами объема предоставляемого ресурса. Одновременно такой договор можно считать разновидностью долгосрочного договора с открытыми условиями с элементами абонентского договора. В последнем случае «абонентская плата, уплачиваемая за право востребовать исполнение при первой необходимости по своему усмотрению и в желаемом объеме, является одновременно и встречным предоставлением за тот объем исполнения, который был реально востребован, и платой за получение секундарного права»¹. Однако в отличие от опционного договора, который прекращается, если востребования исполнения не произойдет в установленный срок, в договорах с условиями *take or pay* договор действует и далее, так как рассчитан на долгосрочную перспективу. Более того, договор может предусматривать иные условия обязательств сторон на последующие периоды, в том числе другую цену за исполнение сверх установленных лимитов.

Таким образом, договор с условиями *take or pay* или *ship or pay* представляет собой смешанный долгосрочный договор с открытыми условиями с элементами абонентского договора, рамочного договора, опционного договора, по которому одна сторона (исполнитель, поставщик) обязуется предоставлять другой стороне по ее требованию ресурс (товары, работы, услуги) в пределах минимально согласованного объема в определенные периоды (сроки), а другая сторона обязана уплатить за предоставленную возможность требовать исполнения в пределах соответствующих периодов (сроков) предусмотренную договором плату независимо от количества (объема) фактически предоставляемого ресурса, которая одновременно является и платой за фактически предоставленный ресурс, и платой за резервирование возможности получить ресурс в согласованном объеме (платой за получение права требовать ресурс).

При этом, как указывалось выше, размер платежа за исполнение по условиям договора может корректироваться в зависимости от того, как изменился фактический объем затребованного исполнения по сравнению с минимально согласованным объемом (уменьшился или увеличился), причем плата может корректироваться как в сторону

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 357–453 Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 921.

уменьшения, так и в сторону увеличения, не обязательно соответствуя характеру изменения затребованного объема.

Возникает резонный вопрос, нужно ли этот своеобразный договор прямо регулировать в ГК РФ или можно довольствоваться действием принципа свободы договора, в силу которого он и сегодня может быть заключен без внесения каких-либо поправок в законодательство.

Как указывалось выше, политико-правовые причины включения той или иной договорной модели в законодательство могут быть разными и среди них – важное значение договора для развития экономики и распространенность на практике. Возможно, что на практике договоры с условиями *take or pay* или *ship or pay* не так часто встречаются, как хотелось бы, однако важность их для развития экономики и привлечения инвестиций представляется очевидной. По крайней мере, для развития экономики такие договоры не менее важны, чем уже предусмотренные ГК РФ опционный договор или договоры финансовой аренды (лизинга), финансирования под уступку денежного требования (факторинга), условного депонирования (эскроу).

Заключение таких договоров позволяет на долгосрочной основе обеспечить исполнителям (поставщикам) гарантированное поступление денежных средств, необходимых на развитие инфраструктуры, производство и резервирование ограниченных ресурсов независимо от фактического потребления, а заказчикам – гарантированное наличие этих ресурсов и возможность их получения в согласованном минимальном объеме в пределах установленных сроков. Как указывалось в пояснительной записке к законопроекту Минэкономразвития, «возможность закрепления в договорах принципа «бери или плати» будет способствовать реализации инвестиционных проектов в сфере газоснабжения, железнодорожных и морских перевозок»¹. Стимулирование заключения таких договоров путем их непосредственного закрепления в законе может дать толчок к привлечению инвестиций в любые отрасли естественных монополий с объективно ограниченными ресурсами, включая энергоснабжение, газоснабжение, железнодорожные перевозки, коммунальные услуги и т.д.

Например, в сфере железнодорожного транспорта имеется потребность привлечения инвестиций в развитие железнодорожной инфраструктуры, которая может быть удовлетворена за счет платы, уплачиваемой за перевозки грузов независимо от фактически предъявленного грузоотправителем с помощью договорных условий *ship or*

¹ URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=78591>

pay, включаемых в договоры об организации перевозок¹ или в договоры о примыкании, заключаемые между владельцами железнодорожной инфраструктуры общего пользования с владельцами примыкающих железнодорожных путей необщего пользования².

В последнем случае владелец примыкающих путей заинтересован в развитии инфраструктуры, способной обрабатывать и передавать на примыкающие пути определенные им объемы грузоперевозок. При этом развитие такой инфраструктуры фактически осуществляется владельцем железнодорожных путей общего пользования, к которым осуществляется примыкание. В связи с этим в договор о примыкании могут быть включены условия об обязанности владельца железнодорожного пути общего пользования развивать соответствующую инфраструктуру под определенные владельцем примыкающих путей объемы грузоперевозок.

Несмотря на то что затраты на развитие инфраструктуры несет владелец путей общего пользования, такие затраты экономически производятся в интересах владельца примыкающих путей. В связи с этим возникает необходимость компенсации соответствующих затрат за счет владельца примыкающих путей, в том числе за счет провозной платы за будущие перевозки грузов в гарантированных объемах, под которые была развита инфраструктура. Такие гарантированные объемы можно обеспечить с использованием в договоре о примыкании элементов договора на организацию перевозок, основанного на принципе *ship or pay*. Вот почему имеется потребность в выработке договорно-правового механизма установления обязанности владельца примыкающих путей в финансировании расходов по развитию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования, в том числе посредством гарантированного обеспечения им будущих перевозок грузов в объемах, под которые инфраструктура была развита.

Аналогичная потребность конструирования договоров с условиями *take or pay* или *ship or pay* существует и в других сферах экономики.

Поэтому представляется, что закрепление подобных договоров в качестве особой договорной конструкции в общих положениях ГК РФ о договорах с политико-правовой точки зрения вполне оправданно. Это даст возможность участникам рынка заключать такие договоры

¹ Статья 10 Федерального закона от 10 января 2003 г. № 18-ФЗ «Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации».

² Пункт 3 ст. 16 Федерального закона от 10 января 2003 г. № 17-ФЗ «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации».

без опасений относительно того, как тот или иной конкретный договор квалифицирует суд и не посчитает ли соответствующие платежи дарением, или неустойкой, или платой за одностороннее изменение договора, которые можно снизить, или убытками, факт наличия и размер которых требуется доказать. В любом случае прямое регулирование конструкции договоров с условиями *take or pay* или *ship or pay* непосредственно в ГК РФ принесет должную правовую определенность и прекратит блуждание судебной практики при толковании таких условий в дремучем лесу «смешанных» договоров с неясными и противоречивыми квалификациями.

*Чваненко Дмитрий Анатольевич,
аспирант Института законодательства
и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации*

Государственный контракт как особая модель гражданско-правового договора

Одним из предназначений государства является обеспечение и защита интересов своих граждан. Для этих целей с них взимаются налоги и сборы, за счет которых происходит формирование бюджета государства. В свою очередь, из средств последнего покрываются расходы, необходимые для обеспечения публичных интересов. Эта взаимосвязь довольно метко выражена в русской поговорке: «Казна миром живет, и мир казною»¹. Для того чтобы интересы общества в материальных благах были действительно обеспечены, государству необходимо предпринять ряд действий: определить конкретные потребности людей, рассчитать расходы, наконец, найти лицо, которое готово предоставить определенные блага в обмен на финансирование из бюджета (например, поставить медикаменты в больницу)². С таким лицом публично-правовое образование заключает особый договор, именуемый государственным контрактом³.

Исторически сложилось так, что вопросы, касающиеся заключения и исполнения названных контрактов, регулируются специальными законами, в которых преобладают императивные нормы. Д.И. Мейер

¹ См.: Пословицы русского народа. Сборник пословиц, поговорок, речений, присловий, чистоговорок, загадок, поверий и проч. / Авт.-сост. В.И. Даль; Императорское общество истории и древностей российских при московском университете. 1-е изд. М., 1862. С. 244.

² Как верно подчеркивает Л.В. Андреева, осуществляя закупки товаров в целях удовлетворения государственных нужд, государство действует в общественных интересах. В этом и состоит своеобразие сферы государственных закупок, поскольку государство участвует в имущественном обороте, выражая интересы общества. См.: *Андреева Л.В.* Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. М., 2009. С. 7.

³ Для краткости будем именовать государственным контрактом также и муниципальный контракт.

более века назад справедливо заметил, что такой подход обусловлен тем, что «органы казны сами не только не имеют интереса охранять ее выгоды, но даже из личных, корыстных побуждений могут действовать прямо к ее ущербу»¹. В институциональной экономической теории эта проблема носит название «проблема принципала – агента»: лицо, дающее поручение (*принципал*), ожидает решения поставленной задачи в своих интересах, но лицо, выполняющее поручение (*агент*), заинтересовано отклониться от сформулированной задачи и преследовать в своей работе, прежде всего, собственные цели, заключающиеся, в частности, в максимизации полезности для себя, а не для принципала.

Как верно подчеркивает М.И. Одинцова, в государственных предприятиях данная проблема довольно резко себя проявляет, так как стимулы у налогоплательщиков контролировать управляющих невысокие, поэтому возможность получать различного рода блага за счет ресурсов предприятия гораздо выше, чем в коммерческих компаниях². В публично-правовых образованиях эта проблема видна еще острее, а потому можно согласиться с О.А. Беляевой, отметившей, что в области использования бюджетных средств всегда имеются предпосылки для различных коррупционных проявлений и иных злоупотреблений³.

Борьба со злоупотреблениями предполагает необходимость создания определенных границ в действиях соответствующего субъекта. Поэтому закон, регулирующий государственные закупки, устанавливает императивные требования к заказчикам и исключает для них возможность действовать по собственному усмотрению исходя из гражданско-правового принципа «можно все, что прямо не запрещено».

¹ См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. М., 2003. С. 659. К.П. Победоносцев был солидарен со своим современником, отмечая, что в законодательстве о государственных закупках «выражается, с одной стороны, заботливость об ограждении казенного интереса от убытков и злоупотреблений – правилами и формальностями, с другой стороны, обеспечение казенных потребностей привлечением частной предприимчивости». См.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. 3: Договоры и обязательства. М., 2003. С. 418.

² См.: Одинцова М.И. Институциональная экономика: учеб. пособие / ГУ ВШЭ. 3-е изд. М., 2009. С. 335.

³ См.: Беляева О.А. Закупки. Торги. Избранное. М., 2019. С. 190. Например, в России в начале XX в. гнилые сапоги солдат стали настоящим символом повального казнокрадства, воровства и коррупции в тылу. Как писал В.А. Гиляровский, «и лазали по снегам балканским и кавказским солдатам в разорванных сапогах и гибли от простуды» (см.: Гиляровский В.А. Москва и москвичи. СПб., 2013. С. 91).

На это справедливо указал в свое время Президиум ВАС РФ¹. Таким образом, регулирование рассматриваемых отношений специальными законами, в которых превалируют императивные нормы, обусловлено существом этих отношений.

Воспрепятствованием возможным нарушениям объясняется и выбор законодателем особых способов заключения государственных контрактов – открытых конкурентных процедур (прежде всего торгов²). Их правила детально описаны в законе, а нарушение процедуры заключения контракта «карается» признанием его недействительным. Иными словами, принцип свободы договора в интересующей нас сфере довольно усечен. Свобода договора, как справедливо отмечает В. Тиммерманс, здесь ограничивается основополагающими принципами публичных закупок, в числе которых принцип равенства и транспарентности, а также принцип оптимизации таких закупок³. Действующий в настоящее время Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе) стоит на аналогичной позиции, устанавливая общее правило, согласно которому контракты должны заключаться по результатам конкурентных процедур (ст. 24).

При этом наш законодатель посчитал, что установления жестких правил только на этапе заключения договора недостаточно для борьбы со злоупотреблениями, а потому названный Закон регулирует полный цикл обеспечения публичных нужд – от формирования до удовлетворения. В частности, Закон о контрактной системе устанавливает порядок планирования закупок; обоснования начальной (максимальной) цены контракта; процедуру заключения контракта; требования к его обеспечению; порядок исполнения договора; отказ от него; ответственность за нарушения. Все указанные вопросы регламентированы

¹ См. постановление Президиума ВАС РФ от 28 января 2014 г. № 11535/13 по делу № А40-148581/12, А40-160147/12.

² В.В. Кикавец отмечает, что еще в 1712 г. в России была впервые легализована процедура конкурентных торгов, предусматривающая запрет на заключение государственного контракта без публичного оповещения потенциальных поставщиков и проведения анализа ценовых предложений (см.: *Кикавец В.В.* История правового регулирования государственных закупок в России: финансовый аспект: монография. М., 2020. С. 19–20).

³ См.: *Тиммерманс В.* Правовое регулирование закупок компаниями с государственным участием в Нидерландах // Публичные закупки в зарубежных странах: динамика правового регулирования: монография / Отв. ред. О.А. Беляева, В.А. Вайпан, К.В. Кичик. М., 2017. С. 480.

законодателем крайне детально. При этом перечень вопросов, которые вправе решать сам заказчик, носит строго ограниченный характер¹.

Закон о контрактной системе регулирует ведение особого информационного ресурса, аккумулирующего негативные репутационные сведения об участниках государственных закупок — реестра недобросовестных поставщиков (далее — РНП). Следствием внесения данных о лице в РНП является ограничение правоспособности, а именно невозможность в течение определенного срока претендовать на заключение контракта. Кроме того, Закон о контрактной системе содержит нормы, устанавливающие процедуру и основания обжалования действий (бездействия) организаторов закупок в административном порядке.

Законодатель в определенных случаях разрешает заказчикам заключать контракты «напрямую», т.е. без использования конкурентных процедур. Но и здесь заказчик обязан выполнить ряд специальных действий: внести данные о договоре в реестр контрактов, указать в соглашении все предписанные законодателем положения (например, об ответственности) и проч.

Словом, законодатель попытался максимально регламентировать процесс удовлетворения публичных нужд². При этом Закон о контрактной системе постоянно модернизируется, в том числе с учетом новых условий жизни. Показательным в этом плане является пакет поправок, оперативно принятых в целях оптимизации закупок в период распространения новой коронавирусной инфекции³. Императивный метод регулирования, конечно, нехарактерен для гражданского права, в связи с чем в правовой доктрине возникли споры о том, к какой области права — частному или публичному — относятся образующиеся из государственного контракта правоотношения.

¹ См.: *Беляева О.А., Чваненко Д.А.* Гипертрофированная транспарентность в документации о закупках // *Научные известия.* 2019. № 17. С. 58–62.

² Собственно, на это было прямо указано в пояснительной записке к проекту федерального закона № 68702-6 «О федеральной контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг», который в окончательной редакции был принят с наименованием «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг» (URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/68702-6>).

³ См. федеральные законы от 1 апреля 2020 г. № 98-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций» и от 24 апреля 2020 г. № 124-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам обеспечения устойчивого развития экономики в условиях ухудшения ситуации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции».

Участие публично-правового образования как субъекта тех или иных правоотношений — условие необходимое, но недостаточное для того, чтобы сделать вывод о публичном характере таких отношений. Будучи носителями публичной власти, указанные образования обладают суверенитетом (верховенством), в силу чего их веления носят общеобязательный характер. Но отношения частного права требуют юридического равенства всех участников. Как верно отмечал О.Н. Садиков, недопустимо наделение одного из участников гражданских правоотношений властными полномочиями в отношении другого¹. В связи с этим в ст. 124 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) установлено, что публично-правовые образования выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством (корпоративных, вещных, обязательственных), на равных началах с иными участниками этих отношений — гражданами и юридическими лицами. Рассматриваемые контракты заключаются свободно, без какого-либо понуждения со стороны государственных заказчиков, при этом ГК РФ прямо относит названные случаи к сфере частного права.

Можно констатировать, что государственные контракты имеют гражданско-правовую природу². Ограничение же принципа свободы договора посредством установления специальных процедур обусловлено лишь защитой публичных интересов³. Возникает вопрос о месте государственного контракта в системе гражданско-правовых договоров.

В первой и третьей частях ГК РФ такого рода сделки вообще не упоминаются. В части второй им посвящены два параграфа: § 4 гл. 30 «Поставка товаров для государственных или муниципальных нужд» и § 5

¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) (постатейный) / Г.Е. Авилов, В.В. Безбах, М.И. Брагинский и др.; под ред. О.Н. Садикова. М., 1997 (автор комментария к гл. 1 — О.Н. Садиков).

² Сходный подход отстаивали и дореволюционные цивилисты. Например, Г.Ф. Шершеневич утверждал, что «договор подряда или поставки между казною и частным лицом входит в сферу гражданского права» (см.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 25). И.А. Покровский отмечал: «...разве не интересы государства как целого преследует государственное управление, заключая контракт о поставке провианта или обмундирования для армии, защищающей отечество? И тем не менее такой контракт, бесспорно, принадлежит к области права частного, а не публичного» (см.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 5-е изд., стер. М., 2009. С. 41).

³ См. об этом также: Чваненко Д.А. К вопросу о порядке судопроизводства по делам, связанным с государственными закупками // Юрист. 2011. № 24. С. 38–44.

гл. 37 «Подрядные работы для государственных или муниципальных нужд». Кроме того, в ст. 778 ГК РФ установлено, что к государственным или муниципальным контрактам на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ для государственных или муниципальных нужд применяются правила § 5 гл. 37 ГК РФ.

В части четвертой ГК РФ государственные контракты упомянуты в ряде статей, регулирующих вопросы принадлежности исключительного права на произведение науки, литературы или искусства, созданное по такому контракту (ст. 1298, 1373, 1432, 1464, 1471, 1543).

Таким образом, ГК РФ признает, что правоотношения, проистекающие из государственного контракта, имеют особый характер. Вместе с тем ГК РФ ограничивается лишь фрагментарным регулированием контрактов, предметом которых являются поставка и подряд, хотя очевидно, что посредством только этих двух договоров все публичных нужды удовлетворены быть не могут.

Мало того, подавляющее большинство статей части второй ГК РФ, касающихся государственных контрактов, противоречит специальным нормам Закона о контрактной системе либо же повторяет общие положения.

Рассмотрим на примерах.

Статья 528 ГК РФ устанавливает порядок заключения государственного контракта на поставку, который сводится к следующему: разработка проекта контракта и направление его поставщику (если иное не предусмотрено соглашением между ними); совершение поставщиком одного из следующих действий: подписание проекта контракта поставщиком либо составление протокола разногласий и направление его государственному заказчику; в случае направления разногласий – рассмотрение протокола разногласий (в течение 30 дней), по результатам чего возможно одно из следующих действий: подписание контракта в редакции протокола разногласий либо отклонение протокола разногласий; срок заключения государственного контракта по результатам торгов – не позднее 20 дней со дня их проведения. Этот же порядок применяется при заключении контракта на выполнение работ (ст. 765 ГК РФ).

Между тем Закон о контрактной системе устанавливает иной порядок заключения государственных контрактов.

Во-первых, если контракт заключается на торгах, то проект контракта должен быть изначально приложен заказчиком к документации о торгах (ч. 2 ст. 83.2 Закона о контрактной системе), при этом

законодатель устанавливает запрет на переговоры между организатором и участниками закупок (ст. 46 названного Закона). Следовательно, недопустима ситуация, когда проект контракта разрабатывается поставщиком.

Во-вторых, оформление протокола разногласий при заключении контракта по результатам конкурентных процедур допустимо в строго ограниченных случаях, а именно для исправления технических ошибок и опечаток (ч. 4 ст. 83.2 Закона о контрактной системе), тогда как ГК РФ такого ограничения не устанавливает. При этом срок рассмотрения протокола разногласий ограничен тремя рабочими днями.

В-третьих, Закон о контрактной системе определяет иные сроки заключения контракта. Так, если контракт заключается по результатам электронных торгов (а по общему правилу все торги проходят именно в такой форме), то заказчик в течение пяти дней с даты размещения в Единой информационной системе (далее – ЕИС) протокола подведения итогов торгов направляет контракт поставщику; после получения проекта контракта поставщик должен его подписать в течение пяти дней и предоставить обеспечение контракта; далее заказчик в течение трех рабочих дней должен проверить, все ли поставщик сделал верно, и если результат проверки будет положительным, то подписать контракт. Если же заказчик установит, что в установленные сроки проект контракта поставщиком не подписан и (или) не предоставлено обеспечение контракта, то такой поставщик признается уклонившимся от заключения контракта. Следствием подобного признания является потеря поставщиком обеспечения заявки и включение сведений о нем в РНП. Что же касается сроков для заключения контракта вне конкурентных процедур (т.е. «напрямую»), то в силу п. 4 ч. 2 ст. 16 Закона о контрактной системе такой срок устанавливается заказчиком в плане-графике закупок.

ГК РФ не содержит положений о том, что контракт заключается в ЕИС в электронной форме и должен быть обеспечен (причем только определенными способами); о том, что следствием уклонения от заключения контракта является ограничение правоспособности и потеря определенной суммы; о плане-графике закупок и проч.¹ Напротив, ГК РФ устанавливает, что заключение государственного контракта является обязательным для поставщика лишь в случаях, установленных законом,

¹ Такая коллизийная ситуация объясняется весьма просто: последние правки в § 4 гл. 30 и § 5 гл. 37 вносились на основании Федерального закона от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ.

и при условии, что заказчиком будут возмещены все убытки, которые могут быть причинены поставщику в связи с выполнением контракта (п. 2 ст. 527). Какие именно убытки могут быть причинены поставщику в таком случае, остается загадкой. Таких странных норм, вступающих в конфликт с положениями Закона о контрактной системе, в § 4 гл. 30 и § 5 гл. 37 ГК РФ довольно много. При этом ГК РФ устанавливает приоритет своих норм по отношению к иным (ст. 525, 768).

Если встать на такую позицию, то следует признать, что многолетняя реформа государственных и муниципальных закупок является абсолютно бессмысленной. Ведь ГК РФ же не менялся в этой части!

Однако, как было сказано ранее, регулирование рассматриваемой сферы специальными законами обусловлено существом возникающих отношений. А потому все коллизии между ГК РФ и Законом о контрактной системе необходимо решать в пользу последнего по принципу *lex specialis derogat generali* (лат. «специальный закон отменяет (вытесняет) общий закон»). Именно такую позицию занял Верховный Суд РФ, отметив, что при разрешении споров, вытекающих из государственных контрактов, суды должны руководствоваться нормами Закона о контрактной системе и лишь при отсутствии специальных норм — непосредственно нормами ГК РФ. Данный вывод был сделан и в Обзоре судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 28 июня 2017 г. Он состоит из 43 пунктов и, как видно из названия, целиком посвящен вопросам государственных закупок. При этом показательным является то, что в этом Обзоре лишь в одном из пунктов упоминается несколько статей из части второй ГК РФ, посвященной государственным контрактам.

Речь идет о правиле, согласно которому в случае, если контракт предусматривает поставку не в адрес заказчика, а в адрес третьего лица (покупателя), обязанность по оплате поставленного товара возлагается на покупателя, а заказчик признается поручителем по этому обязательству (абз. 2 ст. 532 ГК РФ). Пожалуй, это единственная норма, аналога которой нет в Законе о контрактной системе. Остальные нормы § 4 гл. 30 и в § 5 гл. 37 ГК РФ сейчас *de facto* утратили силу, так как они противоречат нормам Закона о контрактной системе, а потому не применяются судами. Так происходит уже не один год, что едва ли можно назвать оптимальным способом регулирования.

В системе гражданского законодательства, как верно указывал В.П. Мозолин, ГК РФ занимает положение координирующего центра.

Поэтому все нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны ему соответствовать. В тех же случаях, когда указанные нормы не отвечают этому требованию, а их принятие диктуется интересами общества и государства, необходимо одновременно с принятием таких норм вносить соответствующие изменения в ГК РФ¹. Параграф 4 гл. 30 и параграф § 5 гл. 37 ГК РФ давно нуждаются в корректировке. Здесь видятся возможными два подхода.

Можно ограничиться приведением указанных параграфов ГК РФ в соответствие с нормами Закона о контрактной системе. Но это будет неправильно, поскольку государственный контракт является особой договорной моделью, а потому необходим принципиально иной способ решения означенной проблемы.

По общему правилу все расходы государственных заказчиков должны производиться по правилам Закона о контрактной системе. Формулировка «поставка товаров, выполнение работ, оказание услуг», используемая законодателем в самом названии Закона о контрактной системе, а равно и при указании на сферу его действия (ч. 1 ст. 1), не должна вводить в заблуждение. Ее необходимо толковать как юридический синоним термина «гражданский оборот», а не как указание на известную триаду договоров: куплю-продажу, подряд и услуги². Доказательство этого тезиса можно найти в самом Законе о контрактной системе. Так, согласно п. 3 ч. 1 ст. 1 данный нормативный правовой акт регламентирует отношения, касающиеся «заключения гражданско-правового договора, предметом которого являются поставка товара, выполнение работы, оказание услуги (*в том числе приобретение недвижимого имущества или аренда имущества*)» (выделено нами. — Д.Ч.). Включение законодателем договора аренды в упомянутую триаду договоров подтверждает, что не следует толковать названную формулировку буквально. Ситуации, когда можно игнорировать нормы Закона о контрактной системе, прямо перечислены в его ч. 2 ст. 1. Причем этот перечень носит закрытый характер³.

¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (часть первая) (постатейный) / Т.Е. Абова, З.С. Беляева, Е.Н. Гендзехадзе и др.; под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2002 (автор комментария к гл. 1 — В.П. Мозолин).

² См.: Чваненко Д.А. К вопросу о толковании формулировки «товары, работы, услуги» // Юрист. 2014. № 10. С. 25–29.

³ См. об этом также: Чваненко Д.А. Правовой режим контрактов унитарных предприятий и договоров иных заказчиков в банкротном процессе // Договор как общеправовая ценность: монография. М., 2018. С. 227–236.

Поскольку публичные нужды и нужды публично-правовых образований не ограничиваются и не могут ограничиваться лишь приобретением товаров и результатов выполнения работ, следует исходить из того, что гражданско-правовой договор любого типа и вида (аренды, страхования, купли-продажи недвижимости и проч.), включая непоименованный (*sui generis*), является государственным контрактом, если такой договор, во-первых, заключается с целью удовлетворения публичных нужд или нужд публично-правовых образований, во-вторых, заказчиком является публично-правовое образование. Иными словами, по общему правилу договор любого типа и вида совершается с использованием конструкции государственного контракта, если этот договор отвечает двум названным условиям.

Следовательно, государственный контракт – это не некий поименованный договорный тип наряду с куплей-продажей, подрядом, арендой и т.п. И тем более не разновидность купли-продажи и подряда. Это особая договорная конструкция (модель), в которую можно облечь любой поименованный или непоименованный договор.

Порядок заключения, исполнения и расторжения государственного контракта определяется в специальном законе, который должен иметь приоритет в случае возникновения коллизий с другими законами одного уровня. В связи с этим § 4 из гл. 30 «Поставка товаров для государственный или муниципальных нужд», § 5 из гл. 37 «Подрядные работы для государственный или муниципальных нужд», а также абз. 2 из ст. 778 ГК РФ должны быть исключены. Во-первых, как уже было сказано, государственный контракт является не разновидностью договора купли-продажи или подряда, а более широкой договорной конструкцией. Во-вторых, это необходимо с целью исключения дублирования или тем более противоречия Закону о контрактной системе.

В то же время, поскольку государственный контракт представляет собой особую договорную моделью, в гл. 27 ГК РФ должна быть норма (наряду с такими договорными конструкциями, как договор присоединения, публичный договор, рамочный, предварительный договоры и проч.), содержащая определение и признаки государственного контракта, а также указание на то, что порядок его заключения, исполнения и расторжения устанавливается специальным законом.

*Беляева Ольга Александровна,
главный научный сотрудник
отдела гражданского законодательства и процесса,
заведующая кафедрой частноправовых дисциплин
Института законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации,
доктор юридических наук, профессор РАН*

«Договор закупки» — фантомы гражданско-правовых обязательств

Общеизвестно, что договор является многозначным и многоаспектным понятием¹. В настоящей статье мы предлагаем обратиться к анализу нового и уже весьма распространенного явления в современном гражданском обороте — «договор закупки». Именно так его и следует именовать, не «договор купли-продажи», не «договор поставки» и т.п., потому что специфика этого явления обусловлена не существом воплощенных в нем обязательств сторон, но особой процедурой вступления в договорные отношения. Причем окончание процедуры не устраняет специфических черт такого договора, они сохраняются во всей его динамике. Это не вид и не тип гражданско-правового договора и не его особая модель или конструкция².

На наш взгляд, «закупка» погружает договор в специальный правовой режим, в котором обычные (классические) гражданско-правовые обязательства становятся фантомами, призраками. На первый в план в регулировании отношений, опосредованных «договором закупки», выходит специальное законодательство — Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), общие

¹ См.: Гражданское право: учебник: В 2 т. / Под ред. Е.Е. Богдановой. М., 2020. С. 380–384.

² Специальными договорными конструкциями в современной цивилистике принято считать публичный договор, предварительный договор, договор присоединения, договор в пользу третьего лица и проч. См. об этом: *Витрянский В.В.* Специальные договорные конструкции в условиях реформирования гражданского законодательства // Гражданское право и современность: Сб. ст., посвященный памяти М.И. Брагинского / Под ред. В.Н. Литовкина и К.Б. Ярошенко. М., 2013. С. 416–425.

нормы Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) об обязательствах и договорах должны иметь лишь субсидиарное применение. Гипотеза о примате специального закона подтверждается простым сопоставлением целей регулирования. Так, гражданское законодательство исходит из свободного осуществления прав и свободы договора, в то время как Закон о закупках нацелен не только на удовлетворение потребностей заказчиков в товарах, работах, услугах, но и на противодействие коррупции и другим злоупотреблениям, а также на развитие добросовестной конкуренции.

Понятно, что в правоприменительной практике возникают серьезные сложности с определением приоритетных целей, ведь они кардинально разные: потребности детерминированы частным интересом, а борьба с коррупцией и развитие конкуренции – точно не самоцель заключения договоров. Однозначный выбор невозможен, следует признать существование фантомов – отношений, изначально направленных на удовлетворение частного интереса, но искаженных законодательно навязанными публично-правовыми требованиями, по сути чуждыми хозяйственной деятельности. Тем не менее это наша реальность, закупочное законодательство в последние годы значительно развилось, ежегодный оборот, оформляемый договорами закупки, исчисляется десятками триллионов рублей. Поэтому пришло время концептуально определиться с основными характеристиками договоров, находящихся в специальном правовом режиме закупки.

1. Субъектный состав договора закупки. Инициатором договора выступает юридическое лицо – заказчик, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели, заказчиками не являются¹. Несмотря на то что состав заказчиков весьма разномастный (среди них как коммерческие, так и некоммерческие организации, есть организации и корпоративного, и унитарного типа), можно обозначить два его общих признака. Первый – прямое или опосредованное публичное участие (государственное или муниципальное) в юридическом лице. Хотя степень такого участия и различается, все критерии идентификации юридических лиц в качестве заказчиков четко установлены в ч. 2 ст. 1 Закона о закупках (и степень участия, и *numerus clausus* организационно-правовых форм²). Второй – вид деятельности юридического лица.

¹ См.: Беляева О.А. Мнимые и фактические пробелы в законодательстве: вопросы разграничения (на примере законодательства о публичных закупках) // Аукционный вестник. 2020. № 469. С. 1.

² См. также: Беляева О.А. О некоторых изъятиях из сферы регулирования законодательства о закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц //

Закон о закупках охватывает естественно-монопольные и регулируемые виды деятельности.

Вторая сторона договора – продавец, подрядчик, исполнитель – любое лицо, физическое или юридическое, не исключена и множественность лиц на этой стороне договора (ч. 5 ст. 3 Закона о закупках)¹. Добавим, что экономическая и (или) корпоративная зависимость между заказчиком и участником закупки их контрактации никак не мешает, проще говоря, аффилированность между сторонами возможна, ограничений нет².

2. Договор закупки всегда носит возмездный характер, а кроме того, воплощает в себе встречные обязательства сторон. Договоры, которые являются «доходными» для заказчика, никак не могут быть помещены в специальный правовой режим закупки. К примеру, договор банковского вклада (депозита) не сопряжен для заказчика с расходами, следовательно, соотносить его с закупкой оснований нет. Или благотворительные сделки, в основе которых находится модель договора дарения, встречного предоставления не предполагают, а потому они не должны отображаться в плане закупки, в извещениях, отчетности и реестре договоров.

3. Предмет договора закупки ограничен триадой «товар, работа, услуга», в то время как палитра гражданско-правовых договоров значительно разнообразнее и данной триадой, само собой, не ограничивается. В связи с этим дискуссионной видится практика отнесения к договору закупки договоров аренды и всех его разновидностей.

4. Безусловно, договор закупки обладает консенсуальным характером, его вступление в силу следует из соглашения сторон. Однако алгоритм достижения этого соглашения обладает спецификой, по-

Материалы VI Междунар. конф. (8 июня 2018 г., МГУ им. М.В. Ломоносова). М., 2018. С. 27; *Она же*. Режим публичных закупок: пути правовой идентификации // Проблемы и вызовы цифрового общества: тенденции развития правового регулирования цифровых трансформаций: сб. науч. тр. по матер. I Междунар. науч.-практ. конф. (Саратов, 17–18 октября 2019 г.) / Под ред. Н.Н. Ковалевой; ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия». Саратов, 2019. С. 153–155.

¹ См. об этом: *Беляева О.А.* Признание правосубъектности за коллективным участником закупки: pro et contra // Правосубъектность: общетеоретический, отраслевой и международно-правовой аспект: Сб. материалов к XII Междунар. науч. чтениям памяти проф. С.Н. Братуся / В.Ф. Яковлев, Т.Я. Хабриева, В.К. Андреев и др. М., 2017. С. 325–333.

² См. также: *Беляева О.А.* Заключение сделок с дочерними обществами в контексте требований Закона № 223-ФЗ // Госзаказ. Управление. Размещение. Обеспечение. 2019. № 57. С. 71–73.

скольку здесь имеют место не обычные переговоры, а формализованные – процедуры закупки (конкурентные и неконкурентные), определение правил проведения которых по большей части отнесено к компетенции заказчика. И это правильно. Отраслевое многообразие и технологическая сложность закупок требуют сочетания государственного и корпоративного регулирования, и это не рамочное регулирование, это оптимальное регулирование¹. Мы уже неоднократно отмечали феномен двойственного договора присоединения в торгах и других конкурентных процедурах закупки², повторим вкратце, что стороны приходят к соглашению путем соединения своих договорных «стандартов»: «стандарта» заказчика (проекта договора как неотъемлемой части документации о закупке) и «стандарта» победителя (как минимум – это предложенная в его заявке цена, а как максимум – и другие условия договора, по которым заказчик допускает проведение переговоров).

5. Договор закупки следует отнести к тем случаям, когда заключение договора является обязательным для его сторон (ст. 445 ГК РФ). Только процедура обмена протоколами разногласий, описанная в ГК РФ, для заключения договора закупки категорически не подходит. Возможный диапазон договорных условий, которые могут обсуждаться с победителем конкурентной закупки, заказчик устанавливает самостоятельно. Если этого не сделано, то направление протокола разногласий – основание квалифицировать «уклонение» победителя от заключения договора с последующим направлением сведений о нем в реестр недобросовестных поставщиков (ч. 2 ст. 5 Закона о закупках). Это влечет для победителя не только репутационные убытки, но и ограничение правоспособности в плане участия как в корпоративных, так и в государственных (муниципальных) закупках³.

6. Перечисленные характеристики отражают далеко не всю специфику договора закупки, фантомы видны уже в каждой описанной черте этого договора, с ним все не так, как описано в общих нормах ГК РФ. Но продолжим дальше.

6.1. Действие «договора закупки» во времени. Как известно, действие нормативного правового акта во времени начинается с момента

¹ См.: *Казанцев Д.А.* Реформирование Закона № 223-ФЗ: риски и перспективы // Госзаказ. Управление. Размещение. Обеспечение. 2020. № 59. С. 21–22.

² См.: *Беляева О.А.* Закупки. Торги. Избранное. М., 2019. С. 96–101.

³ См. подробнее: *Беляева О.А.* Деловая репутация участников корпоративных закупок в контексте реестра недобросовестных поставщиков // Журнал российского права. 2018. № 4. С. 54–63.

вступления его в силу. В отдельных случаях закон или иной нормативный правовой акт может быть наделен обратной силой, тогда он будет применяться к событиям и действиям, имевшим место до его официального вступления в силу (это наиболее характерно для законов, смягчающих уголовную или административную ответственность). Нормы гражданского законодательства в подавляющем большинстве случаев обратной силой не обладают, а потому применяются к гражданским правоотношениям, возникшим после введения их в действие (п. 1 ст. 4 ГК РФ)¹.

Статья 8 Закона о закупках точно устанавливает календарные даты его вступления в силу в отношении разных категорий заказчиков. Первая дата – это 1 января 2012 г., для некоторых заказчиков эти нормы начали действовать позднее, но только никак не ранее указанной даты². Закон о закупках не содержит положений ретроспективного свойства, а потому он может регулировать исполнение только тех договорных обязательств, которые возникли после дня вступления его в силу³, т.е. после 1 января 2012 г.⁴

Договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения (п. 1 ст. 425 ГК РФ). На основании ст. 422 ГК РФ договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами, действующим в момент его заключения. Если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила

¹ Эта юридическая аксиома была сформулирована еще древнеримскими юристами и является необходимым фактором правовой стабильности, когда граждане и юридические лица должны быть уверены в том, что их правовое положение не будет ухудшено новым законом. См.: Общая теория государства и права. Академический курс: В 2 т. / Под ред. проф. М.Н. Марченко. Т. 2: Теория права. М., 1998. С. 156; Гражданское право: учебник: В 2 т. / Под ред. Е.Е. Богдановой. Т. 1. М., 2020. С. 49; Теория государства и права: учебник для юрид. вузов и факультетов / Под ред. В.М. Корельского и В.Д. Первалова. М., 1997. С. 309.

² Такой подход прямо допускается на основании ст. 6 Федерального закона от 14 июня 1994 г. № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания». Так, момент вступления нормативного правового акта в силу может быть определен календарной датой.

³ См.: *Беляева О.А.* Закупки по 223-ФЗ: комментарии, разъяснения, практика. М., 2014. С. 69–71.

⁴ Отметим, что такой же позиции придерживаются органы государственной власти. См. письма Минэкономразвития России от 14 марта 2016 г. № ОГ-Д28-3625, от 10 марта 2016 г. № Д28и-640, от 29 марта 2016 г. № Д28и-775, от 12 февраля 2015 г. № Д28и-335; Минфина России от 26 сентября 2013 г. № 02-04-09/39911.

иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров.

Впрочем, эти постулаты коррелируют лишь с договорами, действующими в своем первоначальном формате. Так, если договор, заключенный до 1 января 2012 г., подвергся автоматической пролонгации уже после вступления в силу Закона о закупках, то юридическая природа взаимоотношений сторон кардинально трансформируется.

Пролонгация именно в контексте закупок обладает отрицательными чертами. С формальной позиции пролонгация – автоматическое (по умолчанию) удлинение срока действия договорных обязательств – без изменения существенных условий и без проведения новой процедуры закупки является правомерной¹ по той простой причине, что она не регламентирована действующим законодательством, а входит в предмет усмотрения сторон конкретного договора. В судебной практике доминирует мнение о том, что автоматическое продление договора при отсутствии заявления одной из сторон об отказе от продления означает, что фактически по окончании первоначального срока действия договора между сторонами начинает действовать новый договор, условия которого идентичны условиям окончившегося договора².

Современная правоприменительная практика демонстрирует категорически негативное восприятие пролонгации именно в сфере корпоративных закупок. Так, есть мнение, что пролонгация сопряжена исключительно с заключением договора по итогам конкурентной процедуры³; иначе пролонгация суть обход закона, искусственное ограничение конкуренции, посягательство на публичные интересы, ничтожность сделки, антиконкурентное соглашение⁴. Продление (пролонгация) срока договора квалифицируется как нарушение ст. 17 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите

¹ См. письма Минэкономразвития России от 23 апреля 2017 г. № Д28и-1193, от 10 мая 2017 г. № Д28и-2031.

² См. п. 10 информационного письма Президиума ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»».

³ См. постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 15 октября 2018 г. № Ф02-4511/2018.

⁴ См. решение Чукотского УФАС от 27 декабря 2018 г. по делу № 114/01-32/18.

конкуренции»¹. Пролонгация также признается формой злоупотребления правом².

Таким образом, пролонгация весьма неудобна для договора закупки, в том числе есть практические сложности с адекватным отображением пролонгированных отношений в плане закупки, а также в реестре договоров.

Говоря о действии договора закупки во времени, следует затронуть вопрос об использовании в нем ретроспективной оговорки, позволяющей распространить действие договора на ранее возникшие между сторонами отношения (п. 2 ст. 425 ГК РФ). Такая оговорка видится допустимой лишь для договоров, заключенных в «обычном» порядке, т.е. в рамках неконкурентной процедуры закупки, в ходе которой отсутствует элемент сопоставления заявок участников (претендентов на заключение договора). Если же право на заключение договора было предметом конкурентной процедуры закупки, то начала равенства и состязательности блокируют применение ретроспективной оговорки, так как она становится маркером сговора между заказчиком и победителем закупочной процедуры.

Итак, очередные фантомы гражданско-правовых обязательств предстают в виде автоматической пролонгации и ретроспективного условия договора закупки.

Поясним первопричины появления таких фантомов, они обусловлены не столько процедурными особенностями появления договорных обязательств, а другими факторами. Дело в том, что закупочный алгоритм очень длителен, он не ограничивается договором, не ограничивается процедурой. Начало этого алгоритма приходится на этап планирования закупок, а окончание – на отчетность в реестре договоров. Причем и первая, и последняя точка имеют важное значение. К примеру, нельзя заключить договор по позиции, которая отсутствует в плане закупки (ч. 5.1 ст. 3 Закона о закупках). А нарушения в связи с размещением сведений в реестре договоров сопряжены со значительными административными штрафами (ч. 5, 6 ст. 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях).

6.2. Закупки по рамочным договорам. В предмет рамочного договора закупка не входит, поскольку закупка товаров (работ, услуг)

¹ См. решение Приморского УФАС от 17 апреля 2019 г. по делу № 12/08-2018.

² См. постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 21 февраля 2019 г. № Ф06-33822/2018.

произойдет лишь в будущем, пока же стороны договариваются о своем сотрудничестве на будущее время¹.

На основании ст. 429.1 ГК РФ рамочный договор (договор с открытыми условиями) определяет лишь общие условия обязательственных взаимоотношений сторон, конкретика и детали «уйдут» в локальные договоры, в частности, в формате подачи заявок одной из сторон или иным образом на основании либо во исполнение рамочного договора.

Как правило, в рамочном договоре стороны устанавливают намерение продолжить взаимодействие, но на момент заключения такого договора они не располагают объективными возможностями точно определить объем и стоимость работ.

Существенными условиями рамочного (организационного) договора следует считать условия о его предмете и сроке его действия, а также о предмете основного договора (договоров). Иные существенные условия основного договора (договоров) не определяются, поскольку на момент заключения рамочного (организационного) договора неизвестны факторы, определяющие содержание этих условий.

Рамочные (базовые) договоры способны удовлетворить потребности участников гражданского оборота в материальных благах только в связке с заключенными на их основании локальными договорами, но не сами по себе. Рамочный договор порождает двухуровневую систему договорных связей на основе базового договора и локальных договоров.

На наш взгляд, формирование устойчивых хозяйственных связей в результате заключения рамочных договоров не соответствует принципам закупки, закрепленным в ч. 1 ст. 3 Закона о закупках (открытость, добросовестная конкуренция). Если следовать условиям базового рамочного договора, то последующее заключение всех локальных договоров (к примеру, в форме дополнительных соглашений) превращается в неконкурентную закупку у того поставщика (подрядчика, исполнителя), который уже определен в рамочном договоре.

В свете изложенного заказчиком следует принципиально отказаться от практики использования рамочных договоров во избежание обвинений в обходе закона (п. 3 ст. 10 ГК РФ). По большому счету правовой ресурс рамочного договора весьма ограничен: такой договор не связывает стороны, не обязывает совершать действия, направленные

¹ Организационный характер рамочного договора в свое время был отмечен в п. 9 информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными».

на приобретение или продажу товара, выполнение работ или оказание услуг. Если после заключения договора стороны не предпринимают каких-либо действий (не оформляют заявки на поставку товаров, спецификации, дополнительные соглашения), рамочный договор, по сути, находится в летаргическом режиме.

Наконец, рамочный договор не может быть адекватно и корректно отображен ни в плане закупки, ни в отчетности, хотя как было отмечено ранее, «договор закупки» не может существовать в отрыве от данных элементов закупочного алгоритма¹.

«Договоры закупки» – это всегда договоры с точной стоимостью и конкретными видами, сроками, объемами товаров, работ, услуг. В таких договорах можно указать, что условия меняются по плану «заявка заказчика – оперативное изменение условий договора». Стороны изначально соглашаются, что заявка заказчика признается изменением договора по соглашению сторон, так что это не одностороннее изменение договора. Тем самым все, что предусмотрено в базовом договоре, – это «рамка», фактически же стороны работают по заявкам, размещая при этом на официальном сайте информацию об изменении объемов товаров, работ, услуг и цены договора в порядке, установленном ч. 5 ст. 4 Закона о закупках².

Оптимальная альтернатива рамочному договору в закупках – «прейскурантный» договор, в нем есть условия о предмете, предельной стоимости и (или) предельном объеме закупки продукции, единичные расценки на продукцию (прейскурант), а также определен порядок взаимодействия сторон при возникновении потребности в предусмотренной договором продукции³.

Следовательно, очередным фантомом в договоре закупки можно считать рамочные (организационные) отношения.

¹ По мнению Минфина России, информация о договорах, заключенных путем оформления счета на основании рамочного соглашения, и копии счетов вносятся в реестр, только если это предусмотрено положением о закупке. При этом сам рамочный договор подлежит включению в реестр договоров независимо от того, предусмотрено ли это положением о закупке (письмо Минфина России от 5 мая 2015 г. № 02-02-08/25835). Однако по факту сделать это невозможно, данные разъяснения на практике нереализуемы.

² См.: *Беляева О.А.* Корпоративные закупки: проблемы правового регулирования: науч.-практ. пособие. М., 2018. С. 49–52.

³ Такая договорная модель успешно внедрена в закупочную практику группы компаний ПАО «НК «Роснефть». URL: <http://zakupki.rosneft.ru/statements>

Можно продолжать и дальше, поскольку предпринимается немало попыток превращения договора закупки в «нерушимый договор»¹, определения возможной амплитуды изменений условий «договора закупки» после завершения конкурентной процедуры, эти фантомы тоже заслуживают дальнейшего тщательного изучения.

Пока же мы выдвигаем тезис о существовании специального правового режима «договора закупки», в котором наблюдается очевидная диверсификация регулирования по сравнению с общими положениями ГК РФ о договоре в силу особых требований Закона о закупках.

¹ См. об этом: *Беляева О.А.* Кросс-корреляция торгов и заключенного на них договора // Внедоговорные обязательства: Материалы междунар. науч.-практ. конф. (Алматы, 25–26 мая 2017 г.) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2017. С. 348–349.

*Белобабченко Марина Константиновна,
ведущий научный сотрудник
Института законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации,
кандидат юридических наук*

Цифровизация банковских услуг

Развитие и применение информационно-коммуникационных технологий так или иначе коснулось всех сфер жизни и деятельности и, в том числе, привело к существенным изменениям в сфере финансовых услуг, возникновению новых отношений между субъектами, оказывающими финансовые услуги, и физическими и юридическими лицами — потребителями этих услуг и участниками гражданских правоотношений. Наиболее заметны эти изменения в сфере банковских услуг и в кредитно-расчетных отношениях в частности. На тему применения цифровых технологий в финансовой сфере вообще и в банковской сфере в частности уже написано достаточно много статей и научных исследований¹.

Банк России, являясь органом, выполняющим функцию мегарегулятора всей финансовой системы, при разработке Основных направлений развития финансового рынка Российской Федерации на период 2019—2021 годов исходил из того, что «бурное развитие финансовых технологий, меняющиеся запросы потребителей, растущая трансграничность финансовых услуг, новые подходы к регулированию в мире создают дополнительные возможности для развития отрасли, порождая при этом определенные вызовы, требующие внимания и своевременной реакции регулятора»².

¹ См., например: *Тарасенко О.А.* Цифровое преобразование банковской и платежной системы России // Предпринимательское право. 2019. № 3. С. 3—10; *Хоменко Е.Г.* От традиционных переводов денежных средств в национальной платежной системе к цифровым: особенности правового регулирования // Предпринимательское право. 2019. № 3. С. 17—22; *Финансовое право в условиях развития цифровой экономики: монография / Под ред. И.А. Цинделиани.* М., 2019; *Кучеров И.И.* Криптовалюта как платежное средство // Финансовое право. 2018. № 7. С. 3—6; *Ефимова Л.Г.* Понятие и правовые особенности электронного договора // Законы России: опыт, анализ, практика. 2019. № 7. С. 84—90, и др.

² URL: http://www.cbr.ru/content/document/file/71220/main_directions.pdf

За достаточно короткое время, за 10 лет, на рынке финансовых услуг сформировался новый порядок обращения денежных ресурсов, прежде всего в связи с созданием современной национальной платежной системы. Изменились форма и средство расчетов (платежные карты), стало возможным осуществление операций с денежными средствами в удаленном режиме, через новые системы коммуникаций (расчеты через терминалы, онлайн-кассы).

Благодаря новым, в том числе цифровым, технологиям, внедряемым в сферу финансовых услуг, появились новые формы «хранения» денежных средств, такие как «электронные кошельки», и другие финансовые продукты, дающие возможность физическим и юридическим лицам управлять своими денежными средствами и осуществлять расчеты в любое время и из любого места. Безусловно, обеспечить надежность, а главное, оперативность и скорость совершения транзакций в таком режиме невозможно без привлечения дополнительных участников к процессу перемещения денежных средств и использования современных технологий, основанных на цифровых платформах и новых цифровых инструментах. В связи с этим, с одной стороны, финансовые услуги стали более доступными для потребителя, а с другой — взаимосвязи, возникающие в процессе оказания финансовых услуг, стали более сложными и «многоступенчатыми», имеется в виду последовательность действий непосредственно самого процесса совершения операций по перемещению денежных средств и расчетов.

Появление новых средств и способов расчетов потребовало их законодательного закрепления путем принятия специальных федеральных законов и внесения соответствующих изменений в нормы гражданского права, регулирующие отношения, возникающие в сфере финансовых услуг (кредитование, операции по счетам и вкладам, займы и др.).

Важно отметить, что внедрение новых цифровых технологий осуществляется самими банками и небанковскими финансовыми организациями, что позволяет минимизировать издержки этих финансовых структур и повышает эффективность предлагаемых ими продуктов.

Кроме того, с развитием цифровых технологий и возможностью оказывать услуги онлайн появилась совершенно новая форма банковской деятельности — банк-онлайн. Так, с 2015 г. действует достаточно успешно «Тинькофф Банк», который не имеет традиционного постоянного офиса и является полностью онлайн-банком, его деятельность построена в полном объеме на современных цифровых технологиях и коммуникационных связях.

Вместе с тем на рынке финансовых услуг появляется все больше компаний, которые специализируются именно на финансовых технологиях, предлагая свои услуги кредитным организациям. Например, группа компаний «Центр Финансовых Технологий» является российским финтехпровайдером, в задачу которого входит обеспечение доступа участников финансового рынка к новейшим технологиям для ведения своего бизнеса и предоставления услуг клиентам. Партнерами данной группы компаний являются такие известные иностранные компании, как *Huawei*, компания *American Power Conversion (APC)*, *Hitachi Data Systems*, корпорация *Intel* и др.

Важную роль в процессе совершения операций в удаленном режиме играют интернет-провайдеры, т.е. компании, которые предоставляют доступ к Интернету финансовым структурам путем выделения высокоскоростных отдельных линий связи. Таким, например, российским интернет-провайдером является компания *Mail.ru*.

Применение цифровых технологий в банковской сфере позволяет накапливать и при совершении финансовых операций быстро обрабатывать имеющиеся в клиентской базе банков информационные данные клиентов с целью их идентификации. При этом важным является даже не сам факт накопления и хранения персональных данных клиентов, а обеспечение эффективной защиты этих данных от различных киберрисков и от использования их в преступных целях, для обмана потребителей финансовых услуг.

В упомянутых выше Основных направлениях развития финансового рынка Российской Федерации на период 2019–2021 годов Банк России сформулировал существующие вызовы и имеющиеся возможности для развития финансового рынка. В качестве вызовов называются киберугрозы, которые «представляют опасность не только для отдельных потребителей, но и для всей системы в целом, так как непредвиденные сбои могут вызвать масштабные последствия (порождая ценовые шоки, риски непрерывности функционирования, синхронное поведение алгоритмов), создавая угрозы финансовой стабильности, в том числе на глобальном уровне» или использование искусственного интеллекта и машинного обучения, связанное «с проблемами интерпретации и проверки данных математических моделей участников рынка, которые могут приводить к ошибочным решениям и повышению рисков для финансовой стабильности». По мнению Банка России, «удаленная идентификация должна решить проблему физической доступности финансовых услуг и кардинально преобразовать основывающиеся на физическом присутствии бизнес-модели участников финансового сектора.

При этом важно обеспечить эффективную защиту предоставляемой клиентами персональной информации»; кроме того, «использование технологий «больших данных» (*Big Data*) способствует привлечению и удержанию клиентов – потребителей финансовых услуг, формированию конкурентной среды, противодействию мошенничеству в финансовой сфере, но одновременно сопряжено с рядом рисков. Среди них – риски потери управления, контроля над данными и их несанкционированного использования, ограничения конкуренции в части доступа к персональным данным, неоптимальности сбора и хранения данных, ошибок в интерпретации данных специалистами и пользователями».

Таким образом, большое преимущество, которое имеет развитие и внедрение цифровых технологий в сферу финансовых услуг, не только дает положительный эффект, но и несет с собой риски системного характера. Эти системные риски уже не ограничиваются только пределами деятельности непосредственно финансовых организаций, а включают в себя финансовые сервисы, которые находятся за рамками финансовой системы, обеспечивая ее современными технологиями и информационными телекоммуникациями.

Для гармонизации всех упомянутых выше взаимосвязей огромную роль играет регулирующая деятельность Банка России, отвечающего за эффективность функционирования платежной системы в целом и каждого из ее участников. Законодательное закрепление базовых принципов и основных правил осуществления финансовых операций в рамках национальной платежной системы состоялось с принятием Федерального закона от 27 июня 2011 г. № 161-ФЗ «О национальной платежной системе» (далее – Закон о национальной платежной системе).

В соответствии с ч. 1 ст. 20 названного Закона определен предмет правил платежной системы, соблюдение которых обязательно для всех ее участников. В число таких правил должны входить правила обеспечения бесперебойности функционирования платежной системы, порядок взаимодействия в рамках платежной системы в спорных и чрезвычайных ситуациях, включая информирование операторами услуг платежной инфраструктуры, участниками значимой платежной системы оператора значимой платежной системы о событиях, вызвавших операционные сбои, об их причинах и последствиях, требования к защите информации (п. 14, 18, 19)¹.

¹ Положение Банка России от 9 января 2019 № 672-П «О требованиях к защите информации в платежной системе Банка России» // Вестник Банка России. 2019. 27 марта. № 22.

Информационно-коммуникационные технологии, позволяющие осуществлять финансовые транзакции удаленно, прежде всего, должны обеспечивать идентификацию субъекта. Ошибки в процессе идентификации могут привести к системному сбою, утечке информации, что нарушает права на защиту персональной информации. Параметры, которые позволяют идентифицировать клиента, и их достаточность должны обеспечивать высокий уровень «распознаваемости» именно данного, конкретного клиента, совершающего финансовую операцию в рамках платежной системы. Полный перечень сведений, позволяющий идентифицировать клиента – физическое лицо, представителя клиента – физического лица, выгодоприобретателя – физическое лицо и бенефициарного владельца, содержится в приложении к Положению Банка России от 15 октября 2015 г. № 499-П «Об идентификации кредитными организациями клиентов, представителей клиента, выгодоприобретателей и бенефициарных владельцев в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма».

Между тем на практике из достаточно большого перечня сведений для идентификации физического лица применяются только общепринятые персональные данные (такие, как фамилия, имя и отчество, дата и год рождения), например, для пользования своим личным (банковским) кабинетом. Причина, на наш взгляд, в том, что некоторые из этих сведений должны предоставляться клиентом не в обязательном порядке, а по его усмотрению. Так, в число предоставляемых клиентом сведений согласно вышеуказанному приложению входит идентификационный номер налогоплательщика и контактная информация (номер телефона, факса, адрес электронной почты и т.п.), однако в документе имеется оговорка, что данные сведения предоставляются банку «при наличии», что делает возможным для клиента такие сведения либо не предоставлять, либо не использовать их кредитной организацией при идентификации клиента. Следствием такого ограниченного применения «набора» идентифицирующих клиента сведений является возникновение риска системного сбоя или ошибки при идентификации конкретного клиента, результатом которого может быть разглашение персональных данных клиентов и, более того, доступ к их счетам третьих лиц.

В правоприменительной практике уже имеются случаи, когда данные о счетах одного физического лица – клиента банка становятся доступны другому физическому лицу. Так, из материалов одного из гражданских дел следует, что в результате технического

сбоя в системе «Сбербанк Онлайн» клиент банка через свой личный кабинет получил доступ к сведениям о счетах другого клиента банка и его счетам. Особенность этой ситуации, которая наглядно показывает, насколько важным является процесс идентификации лица, пользующегося финансовыми услугами, заключается в том, что идентифицирующие этих клиентов банка данные (фамилии, имена, отчества и даты рождения) полностью совпадали. Более того, после информирования банка одним из клиентов о том, что он получил доступ к счетам другого клиента, и принятых банком мер по устранению нарушений несанкционированный доступ к сведениям о счетах другого клиента вновь продолжился¹.

Приведенный пример из судебной практики со всей очевидностью показывает, что применение современных информационно-коммуникационных технологий в банковской сфере не только упрощает порядок совершения финансовых операций и возможность управления клиентами своими счетами, но и создает новые риски, связанные с разглашением персональных данных и банковской тайны. В связи с этим представляется, что для исключения подобных ситуаций необходимо разработать программу применения «резервных» и (или) дополнительных параметров для идентификации клиентов, которая будет применяться как в подобных случаях, так и в других ситуациях, увеличивающих риск разглашения персональных данных. Это может быть использование дополнительного идентификатора – ИНН или номера, серии паспорта, тем более, что указанные данные у банков имеются.

Следует сказать, что продукты новых технологий, в частности сети «Интернет», уже используются при рассмотрении в суде гражданских дел. Так, при рассмотрении дел, связанных с авторскими правами, в качестве допустимых доказательств принимаются в том числе сделанные и заверенные лицами, участвующими в деле, распечатки материалов, размещенных в информационно-телекоммуникационной сети (скриншот), с указанием адреса интернет-страницы, с которой сделана распечатка, а также точного времени ее получения. Такие распечатки подлежат оценке судом при рассмотрении дела наравне с прочими доказательствами². Представляется, что принятие скриншо-

¹ См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 16 января 2020 г. по делу № 33-451/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

² См. п. 55 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

тов в качестве допустимых доказательств может использоваться и при рассмотрении иных категорий дел, например в приведенном выше деле о защите прав потребителей. Истец также предоставлял суду скриншот со своего мобильного телефона в качестве доказательства нарушения банком права на защиту персональных данных.

Формирование за счет современных технологий единого платежного пространства как в рамках страны, так и в рамках сообщества стран (например, ЕАЭС) тем более требует создания надежной защиты попадающих в данное пространство информации и сообщений при совершении финансовых операций. Такая системная защита может быть достигнута с помощью системы блокчейн.

Система блокчейн, характеризуемая как распределенный реестр хранимой информации, позволяет, с одной стороны сконцентрировать всю информацию о клиентах и проводимых ими транзакциях в едином реестре, с другой — обеспечивая право доступа к этой информации всем заинтересованным финансовым структурам, исключить возможность произвольного внесения изменений в существующий реестр. Именно то обстоятельство, что имеющаяся в реестре информация о клиенте, будь то физическое или юридическое лицо, не может быть изменена кем-либо произвольно и в одностороннем порядке, будет способствовать повышению скорости и надежности совершения операций с денежными средствами. Кроме того, использование системы блокчейн снизит расходы самих кредитных организаций за счет оптимизации операционных процедур.

Система блокчейн может быть использована при кредитовании как способ хранения непосредственно кредитных договоров, а также для формирования кредитных историй заемщиков, позволяя ускорить рассмотрение заявок на получение кредита и принятия решения о размере и условиях его предоставления. Уже сейчас в Бюро кредитных историй (БКИ) аккумулируются данные по всем кредитам, предоставляемым банками и микрофинансовыми организациями, что уже облегчает этим организациям принятие решения о предоставлении кредитных средств заемщикам, имеющим кредитную историю. Источники формирования данных по кредитным историям достаточно обширны — от непосредственно финансовых организаций, которые вправе предоставлять кредиты (займы), до лиц, которые приобрели права требования по выданным кредитам (займам) (ст. 3 Федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 218-ФЗ «О кредитных историях»).

Имеющаяся в БКИ информация дает возможность не только получать данные на заемщика в связи с его заявкой на получение кредита,

но и использовать их для анализа кредитной ситуации в стране в целом, оценки поведения различных групп заемщиков в зависимости от изменений социальных, экономических и иных условий. Сконцентрированные в одном месте данные кредитной истории отдельно взятого заемщика позволяют установить предельную долговую нагрузку заемщика.

Показатель долговой нагрузки (ПДН) на конкретного заемщика уже применяется кредитными организациями при решении вопроса о предоставлении заемщику кредита, но у каждой кредитной организации расчет ПДН осуществляется по своей методике. Поэтому Банком России поставлена задача по выявлению общих критериев, которые позволят управлять показателями предельной долговой нагрузки граждан, и 14 февраля 2020 г. № 3-МР утверждены Методические рекомендации по подготовке кредитными организациями методики расчета показателя долговой нагрузки заемщика¹, где установлен единый подход при определении методики расчета ПДН всеми кредитными организациями.

Еще одним проявлением цифровизации в сфере банковских услуг является запущенная система быстрых платежей (СБП). Суть СБП-сервиса в том, что он позволяет физическим лицам мгновенно переводить денежные средства по номеру телефона, при этом не имеет значения, в каком банке открыт счет отправителя или получателя средств. На данный момент к СБП подключены 55 банков (Альфа-Банк, ВТБ, Тинькофф Банк, Райффайзенбанк и др.). Созданию этой системы предшествовал проведенный Банком России анализ производимых гражданами переводов, который показал, что сумма 100 тыс. руб. в месяц покрывает в полном объеме все основные потребности граждан, а это могут быть переводы своим родственникам, погашение кредитов в разных банках или перевод заработной платы на свой счет, открытый не в том банке, куда поступает заработная плата от работодателя, а также иные случаи. И здесь мы опять должны отметить, что для надежного функционирования и этой системы быстрых платежей прежде всего важны процедура идентификации клиента и обеспечение бесперебойности функционирования платежной системы.

Что касается порядка обработки и использования персональных данных, то в соответствии с положениями ст. 5 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных», содержащей принципы, которые должны соблюдаться при обработке персональных

¹ Вестник Банка России. 2020. 20 февраля. № 18.

данных, одним из них является «обеспечение точности персональных данных, их достаточность, а в необходимых случаях и актуальность по отношению к целям обработки персональных данных».

Таким образом, со всей очевидностью следует, что современные цифровые технологии, которые применяются в сфере банковских услуг, позволяют контролировать практически весь процесс перемещения денежных средств, от открытия счета до проведения любых транзакций, а также процесс кредитования. Дальнейшее направление совершенствования банковских услуг лежит в области охраны персональных данных и защиты информации потребителей банковских услуг от несанкционированного доступа.

*Вильданова Марина Михайловна,
ведущий научный сотрудник Института
законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации,
кандидат юридических наук*

О модернизации законодательства в области энергетики

Вопрос о совершенствовании нормативных правовых актов в области энергетики путем создания энергетического кодекса многие годы является краеугольным камнем в спорах российских ученых, занимающихся вопросами правового регулирования в этой сфере. Если обратиться к истории, то следует отметить таких родоначальников концепции создания энергетического кодекса, как А.Г. Быков¹, В.Ф. Яковлев и П.Г. Лахно², с точки зрения которых принятие энергетического кодекса способствовало бы развитию экономических правоотношений в области энергетики.

Иная позиция высказывалась, к примеру, В.Ф. Попондопуло, который отмечал, что «кодифицированный акт содержит преимущественно нормы одной отраслевой принадлежности, что будет невозможно для Энергетического кодекса, так как такой акт будет комплексным и будет состоять из правовых норм разной отраслевой принадлежности... лучше принять общий акт, регулирующий отношения в сфере энергетики в форме федерального закона, не называя его кодексом»³. К сожалению, к общему мнению юридическая наука так и не пришла, а единый нормативный правовой акт до сих пор не принят.

Энергетическая стратегия Российской Федерации на период до 2035 года⁴, утвержденная распоряжением Правительства Российской

¹ См.: *Быков А.Г.* О проекте энергетического кодекса Российской Федерации // Энергетическое право. 2013. № 2. URL: <http://geum.ru/lav/index-50588/php>

² См.: *Яковлев В.Ф., Лахно П.Г.* Энергетическое право как комплексная отрасль права России // Энергетическое право России и Германии: сравнительно-правовое исследование / Под ред. П.Г. Лахно, Ф.Ю. Зеккера. М., 2011.

³ *Попондопуло В.Ф.* Энергетическое право и энергетическое законодательство: общая характеристика, тенденции развития. Энергетика и право. М., 2008. С. 215.

⁴ СЗ РФ. 2020. № 24. Ст. 3847.

Федерации от 9 июня 2020 г. № 1523-р, ставит новые цели и задачи развития энергетической отрасли.

Новые цели потребуют использования нового инструментария как в области теории права и государственного права, включая законодательную технику, так и нового видения энергетического сектора в целом. В настоящей статье термином «развитие» обозначен процесс создания новых правовых институтов и норм, а термин «модернизация» предполагается использовать в тех случаях, когда правовые нормы существовали, но коренным образом устарели и тормозят дальнейшее развитие права. Конечно, рассматриваемые понятия во многом связаны, но нюансы толкования все-таки имеют место.

В отношении публично-правовых норм, регламентирующих энергетику, можно сказать, что они в целом выстроены с учетом существующих экономических отношений и осуществления функционального распределения полномочий между государственными органами. Хотя, конечно, есть вопросы, по которым необходимо анализировать действующие положения и развивать те или иные правовые институты, но они не столь глобальны.

Более серьезно и комплексно стоят вопросы по поводу модернизации правового регулирования невозобновляемых источников энергии (нефть, газ природный и попутный, уголь и др.) и развития регулирования правовых механизмов возобновляемых источников энергии (солнечной энергии, ветровой, океанической энергии, энергии потока вод, геотермальной энергии, энергии биомассы, включая специально выращенные для получения энергии растения, в том числе деревья; а также отходов производства и потребления и др.), правового статуса генерирующих объектов, функционирующих на основе использования возобновляемых источников энергии, стимулирования энергетической эффективности и т.д.

В настоящее время назрела необходимость отказа от правового регулирования отсылочного характера, которое широко внедрено в Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) и нельзя признать оправданным в отношении энергетической отрасли. В первых двух частях ГК РФ содержится более 40 отсылок к «существо обязательств», в том числе в ст. 548 ГК РФ, регулирующей применение правил об энергоснабжении к иным договорам. Сам законодатель не определил значение этого понятия, да и специальным законодательством не предусматривается какое-либо его толкование. Не ясен ответ на вопрос, является «существо обязательства» просто важными

условиями договора или существенными его условиями, при отсутствии которых договор считается незаключенным. Представляется целесообразным перенести полностью частнопредметное регулирование в области энергетики в энергетический кодекс.

На сегодня нормы, регулирующие энергетические правоотношения, содержатся в ГК РФ, многочисленных законах и иных нормативных правовых актах – федеральных законах от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике», от 27 июля 2010 г. № 190-ФЗ «О теплоснабжении», от 31 марта 1999 г. № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации», от 21 марта 2011 г. № 256-ФЗ «О безопасности объектов топливно-энергетического комплекса», от 23 ноября 2009 г. № 261-ФЗ «Об энергосбережении и о повышении энергетической эффективности и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»; постановлениях Правительства РФ от 5 февраля 1998 г. № 162 «Об утверждении Правил поставки газа в Российской Федерации», от 21 июля 2008 г. № 549 «О порядке поставки газа для обеспечения коммунально-бытовых нужд граждан», от 16 мая 2014 г. № 451 «Об утверждении правил учета нефти»; приказе Министерства энергетики РФ от 30 декабря 2013 г. № 961 «Об утверждении правил учета газа» и др.

Конечно, такого многообразия правоотношений, как в энергетике, вряд можно найти в каком-либо ином секторе экономики, и, видимо, в связи с этим до настоящего времени не достигнуто единого мнения относительно разработки единого нормативного акта, унифицирующего и систематизирующего нормативные акты.

Предпосылками систематизации законодательства и создания единого нормативного регулирования являются:

- единая государственная политика в области энергетики;
- единый орган исполнительной власти, осуществляющий руководство, контроль и регулирование в сфере топливно-энергетического комплекса;
- наличие комплекса публично-правовых и частнопредметных вопросов регулирования, требующих единого подхода;
- потребность в унификации договорно-правовой базы в сфере энергетики;
- обеспечение государственных гарантий и соблюдение прав потребителей энергоресурсов и др.

Тенденции единого правового регулирования были определены в распоряжениях Правительства РФ от 13 ноября 2009 г. № 1715-р

«Об энергетической стратегии России на период до 2030 года», от 28 августа 2003 г. № 1234-р об утверждении Энергетической стратегии России на период до 2020 года, а в настоящее время – в уже упоминавшейся Энергетической стратегии Российской Федерации на период до 2035 года.

Постановлением Правительства РФ от 28 мая 2008 г. № 400 «О Министерстве энергетики Российской Федерации» (далее – Постановление о Министерстве энергетики) было создано министерство, осуществляющее функции по выработке и реализации государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере топливно-энергетического комплекса, в том числе по вопросам газовой промышленности, нефтедобывающей и нефтеперерабатывающей промышленности, электроэнергетики, угольной промышленности, сланцевой и торфяной промышленности, возобновляемых источников энергии, нефтехимической промышленности.

Повышению эффективности правового регулирования, устранению фрагментарности регламентации в области энергетики и унификации публично-правовых и частноправовых норм будет способствовать создание нормативного правового документа более высокого уровня, чем закон. Таким нормативным правовым актом может быть энергетический кодекс, увязывающий в единую систему правоотношений нормы, разрозненно существующие в настоящее время.

Чем закон отличается от кодекса? Принципиально четкого различия между этими терминами на законодательном уровне не проводится. При этом можно отметить, что законом, как правило, считается нормативный правовой акт, принятый в установленном в соответствии с законодательством Российской Федерации порядке и регулирующий однородные отношения. Например, такими законами являются Федеральный закон от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» (далее – Закон об электроэнергетике), Федеральный закон от 31 марта 1999 г. № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации».

Принятие согласно установленным процедурам кодекса, т.е. акта, комплексно регулирующего однородные и специальные правоотношения в различных областях права, способствует определенному единообразию принципов построения правовых норм. Примером такого регулирования является ГК РФ, содержащий в настоящее время как гражданско-правовые нормы, так и отдельные нормы банковского, жилищного права и т.д.

Новое понимание структуры российского энергетического законодательства состоит не в отрицании отраслевого принципа, а в учете отраслевых особенностей и создании единых принципов кодификации, включая компиляцию. При этом целесообразно принимать во внимание уже существующий зарубежный опыт законодательства в сфере энергетики, например, Франции, страны наиболее кодифицированного права, где разработан и действует Энергетический кодекс¹.

В целях принятия Энергетического кодекса во Франции парламентом были делегированы полномочия правительству, которое издало Ордонанс № 2011-504 от 9 мая 2011 г. Энергетический кодекс Франции является двусоставным и включает в себя основную часть (*corpus*), т.е. законодательную часть, и приложения, объединившие основные подзаконные акты (регламентарная часть). Обычно принято характеризовать регламентарную часть французских кодексов как установление конкретных правил реализации законодательных актов на уровне подзаконных актов и (или) свод положений, не подлежащих законодательному регулированию. Создание двусоставного кодекса — это не вопрос формы издания кодекса и иных нормативных актов, это техничный метод систематизации и модернизации устаревших правовых нормативных актов. Такое техничное решение представляет собой один из способов правового регулирования многоотраслевых отношений. Французская законодательная техника находится на высоком уровне, позволяет быстро и своевременно обновлять законодательство. Было бы полезно воспринять подобную практику в России, по крайней мере в отношении такого сектора российской экономики, как энергетика.

Модернизацию законодательства в России в области энергетики представляется целесообразным осуществить в три этапа: кодификация законодательной части кодекса; подбор нормативных правовых актов Правительства РФ и подзаконных актов министерств и ведомств и издание их в качестве приложения к энергетическому кодексу; последующая постепенная кодификация норм, содержащихся в подзаконных актах по вопросам, необходимым для включения в законодательную сферу. При этом в приложении остаются все нормативные акты, не подлежащие кодификации.

При рассмотрении вопроса о создании энергетического кодекса Российской Федерации в первую очередь остановимся на перечне вопросов, которые могут быть в него включены. Наиболее простым

¹ Code de l'énergie: Institut Francais d'informartion Juridique. P., 2018. 1101 p.

решением проблемы представляется определение перечня исходя из компетенции регулирующего государственного органа, предусмотренного в Постановлении о Министерстве энергетики.

Вследствие устоявшихся отношений между государственными органами власти и иными государственными структурами представляется целесообразным не затрагивать вопросы атомной энергии в энергетическом кодексе, поскольку государственная корпорация по атомной энергии «Росатом» создана и действует в целях проведения государственной политики, осуществления нормативно-правового регулирования, оказания государственных услуг в области атомной энергии.

Встает вопрос о целесообразности отнесения к энергетическому кодексу проблематики защиты и охраны окружающей среды. Полагаем, что в нормативном правовом акте в области окружающей среды должны быть регламентированы правоотношения всех отраслей промышленности и сельского хозяйства, а не только энергетики.

Наконец, самостоятельными также представляются вопросы регулирования разработки недр. Соответствующие нормы в достаточной мере содержатся в Законе РФ от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах», и потребность в изменении порядка регулирования отсутствует.

Исходя из вышеизложенного, можно констатировать наличие в России сформировавшегося периметра правового регулирования энергетического сектора, который создает предпосылки для унификации норм отраслей промышленности, входящих в топливно-энергетический кодекс. Большим преимуществом такого подхода было бы создание благоприятных условий для единообразного применения правовых норм в энергетическом секторе и судебными органами в России.

С учетом опыта кодификации в зарубежных странах предлагается рассмотреть следующую возможную структуру энергетического кодекса:

Раздел 1. Общие положения (законодательная часть).

Глава 1. Общие принципы законодательства в области энергетики.

Глава 2. Цели, задачи и отношения, регулируемые кодексом.

Глава 3. Объекты энергетических правоотношений.

Глава 4. Субъекты энергетических правоотношений. Государственные органы и органы местного самоуправления. Юридические и физические лица: производители энергии, поставщики и потребители энергоресурсов.

Глава 5. Общие положения в области управления единой энергетической системы Российской Федерации.

Глава 6. Энергоэффективность и энергосбережение. Энергетическая безопасность.

Глава 7. Обязательства публичных властей и защита потребителей.

Глава 8. Договорная база в сфере энергетики. Обеспечение исполнения обязательств.

Раздел 2. Особенности правового регулирования отраслей промышленности топливно-энергетического комплекса (законодательная часть).

Глава 1. Особенности правового регулирования электроэнергетики.

Глава 2. Особенности правового регулирования газовой промышленности.

Глава 3. Особенности правового регулирования нефтяной и нефтеперерабатывающей промышленности.

Глава 4. Особенности правового регулирования угольной промышленности.

Глава 5. Правовое регулирование использования возобновляемых источников энергии и иных альтернативных источников энергии.

Раздел 3. Приложение: Правовое регулирование отраслей промышленности топливно-энергетического комплекса (постановления и распоряжения Правительства Российской Федерации, акты Министерства энергетики Российской Федерации и др.).

Основным принципом правового регулирования в области энергетики должно стать соблюдение баланса публично-правовых и частных интересов в правоотношениях. К публично-правовым отношениям в энергетике относятся выработка стратегии развития регулирования в области энергетики, государственное регулирование цен, антимонопольный контроль и т.д. Как обоснованно было отмечено В.В. Романовой, «среди общих для всех энергетических рынков правовых проблем выделяются в том числе: отсутствие порядка разработки составления топливно-энергетических балансов на федеральном уровне и на уровне субъектов Российской Федерации, что обуславливает недостаточную координацию взаимодействия органов исполнительной власти; проблемы правового обеспечения ценообразования и тарифного регулирования, вызывающие недовольство как поставщиков, так и покупателей энергетических ресурсов; недостаточность предусмотренных мер стимулирования энергосбережения и повышения энергетической эффективности в промышленном секторе, что прямым образом сказывается на кон-

курентоспособности страны...»¹. Именно эти вопросы должны быть поставлены во главу угла при регулировании публично-правовых отношений в энергетическом кодексе.

Частноправовые отношения в энергетике представляет широкий пласт регулирования, касающийся правового статуса энергетических объектов и субъектов; установления требований к пакету акций, которым может владеть государство в вертикально интегрированных компаниях; особенностей гражданско-правового регулирования поставки энергоресурсов (договоров поставки электрической энергии и мощности, договоров поставки газа, договоров поставки нефти и нефтепродуктов), договоров теплоснабжения; договоров по транспортировке, перевозке энергоресурсов; договоров на технологическое присоединение к электрическим сетям, системам теплоснабжения, газораспределительным, газотранспортным сетям, магистральным нефтепроводам; договоров на хранение энергоресурсов на суше и в танкерах и т.д.

Как уже было ранее отмечено, регулирование ГК РФ специальных правоотношений, касающихся энергетики, является отсылочным. Параграф 6 гл. 30 ГК РФ посвящен договору энергоснабжения, в п. 3 ст. 539 указано, что к отношениям по договору энергоснабжения, не урегулированным кодексом, применяются законы и иные правовые акты об энергоснабжении, а также обязательные правила, принятые в соответствии с ними. Таким образом, установлен приоритет ГК РФ.

В остальных случаях, предусмотренных в § 6 гл. 30 ГК РФ (в п. 4 ст. 539 и ст. 548), нормы этого параграфа применяются, если законом или иными правовыми актами не установлено иное по отношению к договору снабжения электрической энергией, к отношениям, связанным со снабжением тепловой энергией через присоединенную сеть. Применительно к отношениям, касающимся снабжения газом, нефтью и нефтепродуктами, установлен приоритет не только специальных законов и иных правовых актов, но существа обязательства.

Несмотря на приоритет специального законодательства, в постановлении Правительства РФ от 5 февраля 1998 г. № 162 «Об утверждении Правил поставки газа в Российской Федерации» имеется обратная отсылка к ГК РФ, но уже к другому параграфу гл. 30 – § 3.

В ст. 11 Федерального закона от 20 июня 1996 г. № 81-ФЗ «О государственном регулировании в области добычи и использования угля,

¹ Энергетические рынки: проблемы и задачи правового регулирования: монография / Под ред. д-ра юрид. наук В.В. Романовой. М., 2018. С. 16.

об особенностях социальной защиты работников угольной промышленности» есть отсылка к регулированию заключения долгосрочных договоров в соответствии с ГК РФ без указания каких-либо норм. При этом типовые условия договоров поставки угля (горючих сланцев) и (или) продукции его переработки определяются уполномоченным Правительством РФ федеральным органом исполнительной власти. Такие условия пока не определены.

В Законе об электроэнергетике указано на «договор купли-продажи (поставки) мощности» (ст. 3). В п. 4 постановления Правительства РФ от 27 декабря 2010 г. № 1172 «Об утверждении Правил оптового рынка электрической энергии и мощности и о внесении изменений в акты Правительства Российской Федерации по вопросам организации функционирования оптового рынка электрической энергии и мощности» фигурируют договоры купли-продажи (поставки) электроэнергии и (или) мощности. Конечно, термины могут использоваться как условные обозначения, но полностью приравнивать указанные договоры не стоит.

Поставка товара является отдельным видом договора купли-продажи, и на нее распространяются положения, предусмотренные § 1 гл. 30 ГК РФ об общих положениях о купле-продаже, если иное не предусмотрено правилами ГК РФ (п. 5 ст. 454). По договору купли-продажи (ст. 454 ГК РФ) одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму. При этом срок исполнения важен, но его отсутствие не делает договор незаключенным или недействительным (ст. 457 ГК РФ). Договор поставки предусматривает обязательную передачу в обусловленные срок или сроки товары покупателю, и отсутствие в договоре такого срока влечет его недействительность. Как следует из ст. 465 ГК РФ, если договор купли-продажи не позволяет определить количество подлежащего передачи товара, договор не считается заключенным. Аналогичные нормы в отношении договора поставки отсутствуют.

Особенность правового регулирования нефтяной отрасли заключается прежде всего в том, что в отличие от иных упомянутых отраслей топливно-энергетического комплекса здесь нет специального закона. Следовательно, сложно установить существо обязательства, к которому отсылает ГК РФ.

Российские юристы высказывали разные мнения о правовой природе договоров, связанных с реализацией нефти и нефтепродуктов.

Одни ученые¹ относили эти договоры к договорам энергоснабжения и соответственно применяли нормы § 6 гл. 30 ГК РФ. Другие – квалифицировали данные правоотношения как правоотношения договора поставки с особыми условиями². С нашей точки зрения, последний подход отражает сущность указанных договоров и широко распространен на практике.

Если обратиться к судебной практике, то квалификация договоров по реализации нефти как договоров энергоснабжения практически отсутствует. Суды обычно ссылаются на положения ГК РФ о купле-продаже или поставке. В отношении же тепловой энергии встречаются упоминания о договоре энергоснабжения.

Следует отметить, что не судебная практика и доктрина, а нормативные правовые акты должны вносить окончательную ясность относительно правовой природы таких договоров. Толкование соотношения общего и специального законодательства и тем более существования обязательства может быть неединообразным и вести к возникновению правовых коллизий и судебных споров.

Поскольку ГК РФ регулирует довольно фрагментарно правоотношения в энергетической сфере, полагаем, что в условиях модернизации законодательства разумно отказаться от действующих подходов и на уровне энергетического кодекса урегулировать существенные условия договоров, связанных с реализацией энергоресурсов. При этом желательно не давать расплывчатых терминов, как, например, в правовых конструкциях, регламентирующих отношения, связанные со снабжением газом, нефтью и нефтепродуктами, а установить, что именно является существом обязательств в данных отраслях.

По-разному решаются проблемы количества поставляемого товара в договорах поставки энергоресурсов в зависимости от особенностей товара и способов транспортировки.

К примеру, в угольной промышленности количество поставленного угля часто определяется в момент приемки-передачи товара. Поэтому наряду с договором поставки подписывается дополнительное соглашение к договору, которым регулируется фактический объем поставки. В связи с подобной конструкцией в угольной отрасли заключаются

¹ См.: Гражданское право: учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 2. М.: Проспект, 2001. С. 85.

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. М.: Статут, 2000. С. 136–137; Минкина Л.Ш. Правовая природа договора поставки нефти и нефтепродуктов // Правосудие в Поволжье. 2008. № 5.

долгосрочные договоры поставки угля (горючих сланцев) и продукции его переработки.

Вопрос о количестве поставляемого товара (газа, нефти, нефтепродуктов) осложнен тем, что не везде есть измерительные приборы. Например, при поставке газа в общем потоке на компрессорных станциях, где проходят потоки газа с разных точек входа в газораспределительную сеть, такие измерительные приборы, как правило, отсутствуют. Количество продукции определяется расчетным путем. Однако прямого указания на такую возможность в нормативных актах нет.

Важно также наличие учета при определении ответственности за неисполнение обязательств по договорам. Транспортировка товара (нефти, нефтепродуктов) может осуществляться как по нефтепроводу, так и в цистернах по железной дороге. Иногда бывают ситуации, когда железная дорога может предоставить только цистерны определенной емкости и общий объем поставляемого товара невозможно поместить в эти цистерны. Для разрешения подобных ситуаций в правилах организованных торгов российских бирж, как правило, устанавливается допустимое отклонение фактической отгрузки от согласованных объемов поставки в пределах этого отклонения (так называемый толеранс). По сути, это то количество товара, которое может быть не поставлено в определенных условиях, но при этом обязательства поставщика будут считаться выполненными и неустойки не будут взиматься¹. Полагаем, что с учетом специфики энергоресурсов закрепление на законодательном уровне возможности установления допустимого отклонения при поставке товара было бы логичным, поскольку в суде доводы об исполнении по договору поставки надлежащим образом (путем отсылок к обычаям или иным обычно предъявляемым требованиям, как это предусмотрено в ст. 309 ГК РФ), редко принимаются во внимание.

Новеллой в регулировании учета энергоресурсов является недавно введенный в практику учет по договорам поставки газа, купленного на бирже, который осуществляется с участием оператора товарных поставок. Ранее измерительные приборы были только на точках подключения к газотранспортной системе и сложно было определить количество поставленного газа на разных точках газотранспортной

¹ Правила проведения организованных торгов в Секции «Нефтепродукты» Акционерного общества «Санкт-Петербургская Международная Товарно-сырьевая Биржа». С. 76. URL: http://spimex.com/markets/oil_products/documents/ (дата обращения: 30.04.2020).

системы. В настоящее время операторы товарных поставок обязаны обеспечивать постоянный контроль и учет при поставках товара. Операторы должны обладать на праве собственности или ином законном основании защищенными от несанкционированного вмешательства средствами измерения и (или) техническими системами и устройствами с измерительными функциями, позволяющими осуществлять сбор и регистрацию информации о характеристиках и количестве поставляемого по договору товара. Такую практику целесообразно распространить и на внебиржевую поставку энергоресурсов.

Наряду с развитием правового регулирования в области реализации энергоресурсов нельзя не отметить проблем, возникающих с защитой такого субъекта правоотношений, как «потребитель энергоресурсов», предусмотренного в энергетическом законодательстве и относящегося как к физическим, так и к юридическим лицам. Как известно, Закон Российской Федерации от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» не распространяется на потребителей энергоресурсов. В связи с этим вопрос о защите прав потребителей энергоресурсов было бы целесообразно урегулировать в соответствующей главе энергетического кодекса.

Примеров устаревания правового регулирования, регламентирующего отношения в области энергетики, можно привести много. Важно иметь правовой инструментарий для развития и модернизации правоотношений в целях создания адекватного правового регулирования в новых экономических условиях. В случае принятия решения о создании энергетического кодекса Российской Федерации целесообразно на начальной стадии его подготовки провести ревизию всех правовых норм, действующих в отраслях промышленности, входящих в топливно-энергетический комплекс России.

*Символоков Олег Анатольевич,
ведущий научный сотрудник Института
законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации,
кандидат юридических наук, доцент*

*Максименко Петр Николаевич,
аспирант Института законодательства
и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации*

Регуляторные соглашения как правовой механизм развития конкуренции в регулируемых отраслях экономики (опыт электроэнергетики)

В 2019 г. Федеральный закон от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» (далее — Закон об электроэнергетике) был дополнен ранее неизвестным российскому праву институтом регуляторных соглашений (ст. 23.4).

Регуляторные соглашения применяются в отношении деятельности ПАО «Федеральная сетевая компания Единой энергетической системы» (далее — ФСК) как организации, управляющей единой национальной (общероссийской) электрической сетью, и территориальных сетевых организаций (далее — ТСО). На основе регуляторного соглашения между органом тарифного регулирования (ФАС России или УФАСы) с ФСК и (или) ТСО на период не менее пяти лет могут определяться условия осуществления ими своих регулируемых видов деятельности, т.е. оказание услуг по передаче электроэнергии и технологическое присоединение к электрическим сетям.

Согласно проекту порядка заключения, изменения и расторжения регуляторных соглашений¹ (далее — проект Порядка) регуляторным соглашением будут определяться, в частности, обязательства:

¹ Проект постановления Правительства РФ «Об утверждении Порядка заключения, изменения, расторжения соглашений об условиях осуществления регулируемых видов деятельности, а также о внесении изменений и признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации» опубликован на официаль-

- по достижению показателей качества, надежности и энергоэффективности оказываемых ФСК и ТСО видов деятельности;
- по развитию электросетевой инфраструктуры;
- по установлению долгосрочных параметров регулирования, в том числе цены (тарифа).

Исходя из созданного и проектируемого правового регулирования указанного института, можно сделать вывод о том, что целями его принятия являются повышение эффективности функционирования электросетевого комплекса Российской Федерации и создание предпосылок для перехода к конкуренции в указанной сфере.

Кроме того, стоит также обратить внимание на позицию экс-заместителя руководителя ФАС России А.Н. Голомолзина, согласно которой регуляторное соглашение по сути своей является не просто методом тарифного регулирования, но и формой контроля применения долгосрочных параметров тарифов¹. Отсюда следует, что регуляторное соглашение представляет собой договорно-контрольный механизм осуществления регулируемой деятельности в сфере электроэнергетики. Правовая природа и особенности этой стороны регуляторного соглашения будут проанализированы далее.

Говоря о положениях о регуляторных соглашениях, сформулированных в Законе об электроэнергетике, нельзя не сказать, что они являются бланкетными, как верно отмечается и в литературе². Значительная бланкетность основополагающих норм о регуляторных соглашениях, по нашему мнению, относится к существенным недостаткам нормативного регулирования указанного механизма, поскольку это с высокой долей вероятности приведет к периодическому пересмотру правил игры, а следовательно, влечет риски правовой нестабильности в отношениях между регулирующим органом, ФСК/ТСО и потребителями. Более верным в указанном случае, по нашему мнению, было бы пойти по примеру ГК РФ и заложить в Законе об электроэнергетике более подробное и основополагающее регулирование введенного механизма (определить существенные

ном интернет-портале проектов нормативных правовых актов <https://regulation.gov.ru/p/99657>

¹ См.: Голомолзин А.Н. Принципы и правила новой проконкурентной тарифной политики // Конкурентное право. 2018. № 3. С. 12–15.

² См.: Воробьев Н.И., Воробьева Л.В., Макаров О.В., Свириков С.А., Сысоев Н.Н., Артемьев Е.В., Беляев М.А., Федосова А.В., Богатырева Н.В. Комментарий к Федеральному закону от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» (подготовлен для СПС «КонсультантПлюс», 2019 // СПС «КонсультантПлюс».

условия регуляторного соглашения, которые могли бы уже детализироваться в подзаконных нормативных правовых актах в зависимости от особенностей взаимоотношений с ФСК и каждой конкретной ТСО, положения об ответственности сторон регуляторного соглашения и т.д.).

Необходимо обратить внимание на имеющиеся пробелы в Законе об электроэнергетике и проекте Порядка. Так, не определены правовые последствия нарушения условий регуляторного соглашения, сделаны только оговорки о том, что обе стороны соглашения несут ответственность в соответствии с положениями действующего законодательства. При этом неясно, может ли, например, ФСК/ТСО взыскать убытки с органа тарифного регулирования, вызванные установлением ненадлежащего тарифа (цены), которые препятствуют исполнению возложенных на ФСК/ТСО обязанностей. Поскольку неверно принятое тарифное решение может привести к взысканию избыточной платы с потребителей либо, наоборот, выставлению им заниженных счетов, то интересным является вопрос о порядке корректировки с потребителями платы, связанной с установлением ошибочного тарифа (цены) регулирующим органом.

Как известно, взыскание убытков предполагает проведение сложных юридических процедур по установлению их размера, выявлению причинно-следственной связи¹, в связи с чем данный вопрос является особо актуальным по причине того, что в отсутствие правовых норм, определяющих порядок взыскания убытков при исполнении публично регулируемых договоров, не ясна возможность применения общих гражданско-правовых и процессуальных норм.

Так, если регулирующий орган ошибочно завысит размер тарифа (цены) на услуги ФСК/ТСО, то должны ли будут указанные организации вернуть потребителям избыточно уплаченные средства либо зачесть их в счет будущих расчетных периодов, либо в следующем периоде регулирования размер тарифа (цены) будет пропорционально уменьшен? Отсюда же вытекает вопрос об ответственности регулирующего органа, в частности, за необходимость корректировки инвестиционной программы ФСК/ТСО и пересмотра иных бизнес-решений, спланированных исходя из установленного размера тарифа (цены), и т.д.

¹ Садиков О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М., 2009 (§ 1 «Общие правила возмещения убытков» главы IV «Определение размера убытков, причиненных правонарушением»).

Решение указанных вопросов является принципиально важным с точки зрения защиты прав и законных интересов как представителей регулируемого бизнеса, так и потребителей, несмотря на низкую вероятность развития подобной ситуации. По нашему мнению, наиболее разумным и нетрудозатратным в подобном случае будет зачет избыточно уплаченных сумм в счет следующих расчетных периодов с потребителями и установление механизма упрощенной (ускоренной) корректировки инвестиционных программ и их согласования с контролирующими органами.

Открытым остается вопрос о распространении частноправового принципа свободы договора и следующей из него возможности включения в соглашение условий, не предусмотренных напрямую Законом об электроэнергетике и проектируемым Порядком. Важной проблемой, с которой может столкнуться правоприменительная практика, являются риски экономической нестабильности, требующие изменения установленных условий регулируемой деятельности, например, тех же цен (тарифов) на услуги по передаче электроэнергии и технологическое присоединение. С одной стороны, п. 8 и 9 проекта Порядка предусматривают допустимость внесения изменений, за исключением долгосрочных параметров регулирования, к которым как раз и относятся упомянутые цены (тарифы). Здесь также возникает правовая неопределенность, касающаяся самого понятия «долгосрочный параметр регулирования»: что оно охватывает — только цену (тариф) либо же иные конструкции (инвестиционные программы на определенный промежуток времени, договорные обязательства, возникшие в целях исполнения регуляторного соглашения).

Более корректным, на наш взгляд, являлось бы не ограничение на внесение изменений в соглашение, а определение условий, при которых такие изменения могут вноситься, в том числе в долгосрочные параметры. Разумно было бы использование метода экономического анализа права (*law & economics*)¹, предполагающего в том числе прогнозирование экономических последствий вводимого регулирования.

Представим, что на фоне внезапно возникшего экономического кризиса произошел существенный рост цен и инфляции, а у ФСК/ТСО не могут быть изменены даже незначительно размер цены (тарифа). С одной стороны, такая логика соответствует целям предлагаемого регулирования, направленного на обеспечение тарифной (ценовой) стабильности в долгосрочной перспективе, с другой — встает вопрос

¹ Подробнее см., например: *Карпатов А.Г.* Экономический анализ права. М., 2016.

о сохранении существования самой ТСО¹ и исполнения взятых ею на себя обязательств по регуляторному соглашению, поскольку нет гарантии, что небольшая региональная ТСО сможет в условиях внезапно ограниченных расходов и при внеплановом росте цен на необходимые для создания инфраструктуры товары обеспечить исполнение своих обязательств, в том числе по повышению надежности, качества и энергетической эффективности ее деятельности.

В подобной ситуации возникает вопрос о применимости положений ст. 451 ГК РФ, допускающей изменение условий договора в связи с существенным изменением обстоятельств. Вместе с тем существует специальное нормативное регулирование, имеющее приоритет по отношению к ГК РФ в указанной сфере деятельности (Закон об электроэнергетике и проект Порядка). С учетом публично-правовой природы регуляторного соглашения разрешение подобного казуса, вероятнее всего, будет не в пользу ФСК/ТСО.

Одним из ранее обозначенных вопросов является природа регуляторного соглашения как договорно-контрольного механизма. В связи с обозначением такой позиции необходимо определиться, могут или должны в указанном соглашении устанавливаться специальные полномочия ФАС/УФАС по осуществлению проверок и иных контрольно-надзорных мероприятий в целях проверки соблюдения исполнения договора со стороны ФСК/ТСО? То есть, являются ли тарифные условия осуществления деятельности, определенные договором между лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, и тарифным органом, предметом контроля (надзора)? Доктрина² и Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора)

¹ В отношении ФСК подобные риски, вероятнее всего, не наступят, поскольку организация является системообразующей и при необходимости, как нам кажется, может быть финансово поддержана.

² См., например: Предпринимательское право: Правовое сопровождение бизнеса: учебник для магистров / Р.Н. Аганина, В.К. Андреев, Л.В. Андреева и др.; отв. ред. И.В. Ершова. М.: Проспект, 2017 (гл. 29 «Государственный контроль за осуществлением предпринимательской деятельности»); Право и экономическое развитие: проблемы государственного регулирования экономики: монография / В.К. Андреев, Л.В. Андреева, К.М. Арсланов и др.; отв. ред. В.А. Вайпан, М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2017 (§ 4 «Новые подходы к установлению обязательных требований, которые должны выполняться субъектами предпринимательской деятельности и являются предметом проверки со стороны контрольно-надзорных органов» гл. 1, автор параграфа – А.В. Мартынов).

и муниципального контроля» (далее – Закон № 294-ФЗ) говорят о том, что предметом государственного контроля (надзора) является соблюдение обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами (т.е. по сути всех требований, определяемых законодательством Российской Федерации). Из буквального, так и телеологического толкования указанных положений Закона № 294-ФЗ следует, что договорные обязательства не входят в предмет контроля (надзора), и это, по нашему мнению, логично, поскольку, заключая договор, стороны сами определяют взаимные обязательства и пользуются механизмами гражданско-правового понуждения к их исполнению либо возмещения последствий неисполнения. Тем самым озвученная позиция требует дополнительной проработки, в частности, следующих вопросов:

– должны ли в регуляторном соглашении определяться порядок и сроки проведения проверок (плановых и внеплановых) соблюдения хозяйствующим субъектом условий данного договора, а также могут ли они отличаться от положений Закона № 294-ФЗ;

– заблаговременное урегулирование возможного конфликта интересов, связанного с тем, что проверяющим органом в данном случае будет являться публично-правовая сторона договора (ФАС/УФАС), указанный вопрос может решаться путем передачи полномочий по проверке вышестоящему органу (для случаев, когда стороной регуляторного соглашения является УФАС) либо иному компетентному органу (например, Минэнерго России);

– особенности исполнения предписаний об устранении нарушений, например, путем внесения изменений в положения регуляторного соглашения.

Оговоримся, что поставленные вопросы к контрольно-надзорному характеру регуляторного соглашения не являются исчерпывающими, и в результате правоприменительной практики их может возникать намного большее количество.

В целом, по нашему мнению, рассмотрение регуляторных соглашений в качестве контрольно-надзорного механизма, являющегося при этом договором, является не совсем корректным с правовой точки зрения, поскольку целью любого соглашения, будь то «чистые» гражданско-правовые (например, о создании совместного предприятия) или публично-правовые договоры (к ним также можно отнести концессионные соглашения и соглашения о государственно-частном партнерстве), выступает достижение определенных экономических и иных целей сторон.

В случае с регуляторным соглашением, как представляется, его целью является достижение оптимальных условий осуществления хозяйственной деятельности, определяемых совместно субъектом предпринимательской деятельности и органом тарифного регулирования. Такой подход приветствуется, поскольку позволяет соблюсти принцип баланса экономических интересов участников правоотношений в сфере электроэнергетики (потребители, государство и бизнес), ведь в результате заключения регуляторного соглашения ФСК/ТСО получает возможность договориться о максимально выгодных для себя тарифных и инвестиционных условиях, а ФАС/УФАС – установить эти условия таким образом, чтобы и соблюсти интересы потребителей, связанные с разумным размером цены и обеспечением качества и надежности оказания услуг по передаче электрической энергии (мощности) и осуществлению технологического присоединения к электросетям, но при этом не завысить размер цены (тарифа), позволив регулируемому субъекту обеспечить достаточную выручку для реализации инвестиционных программ и выплаты дивидендов.

Один из последних вопросов, который требует обсуждения, касается пределов регуляторного соглашения. ТСО может осуществлять свою деятельность на территории нескольких субъектов Российской Федерации (например, ПАО «Россети Московский регион» функционирует в Москве и Московской области), и в каждом из них будут свои особенности ведения бизнеса, влияющие, в частности, на ценовую и инвестиционную политику. В связи с этим возникает вопрос: должно ли в отношении каждой зоны деятельности ТСО заключаться отдельное регуляторное соглашение, или предполагается заключение единого регуляторного соглашения на все территории присутствия регулируемой организации? С нашей точки зрения, более корректным будет либо заключение единого соглашения на несколько территорий, но уже с ФАС России, а не УФАСами, либо заключение единого соглашения, в котором определяются параметры деятельности на каждой территории, при этом от каждой территории стороной соглашения должен выступать уполномоченный УФАС (на примере с ПАО «Россети Московский регион» это были бы УФАС по г. Москве и УФАС по Московской области).

Все поднятые вопросы, на наш взгляд, являются концептуально важными не только с точки зрения внедрения механизма регуляторных соглашений как инструмента повышения эффективности деятельности электросетевого комплекса, но и с точки зрения возможностей развития конкуренции в указанном секторе. Обратим внимание на одну

из поставленных Стратегией развития электросетевого комплекса Российской Федерации задач, а именно – повышение уровня конкуренции в электросетевом комплексе¹. Представляется, что регуляторные соглашения содержат потенциал действенного средства повышения конкуренции.

Как это должно работать? По нашему мнению, в Законе об электроэнергетике и подзаконных актах Правительства РФ необходимо предусмотреть такое последствие неисполнения регуляторного соглашения, как лишение статуса сетевой организации² с проведением конкурса на присвоение статуса ТСО в определенной зоне деятельности (по аналогии со статусом гарантирующего поставщика электрической энергии (мощности)³). Подобный жесткий механизм будет стимулировать ТСО, заключившие регуляторное соглашение, к максимальному повышению эффективности их деятельности и четкому следованию взятым на себя гражданско- и публично-правовым обязательствам.

Уточняющих корректировок в указанном случае потребует и абз. 8 п. 1 ст. 4 Федерального закона от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях», который на данный момент определяет любую деятельность по передаче электрической энергии в качестве естественно-монопольной, однако, исходя из структуры правового регулирования в иных аналогичных отраслях и логики развития электросетевого комплекса, к такому должна относиться только деятельность по передаче электроэнергии по магистральным сетям.

Следует оговориться, что такие последствия, конечно же, исходя из принципов разумности, справедливости и принципа баланса экономических интересов субъектов электроэнергетики (абзац шестой п. 1

¹ Раздел «Привлечение новых инвесторов в электросетевой комплекс» § 4 «Тарифы, обеспечивающие приемлемый уровень затрат на электрическую энергию для российской экономики, а также инвестиционную привлекательность» главы IV «Достижение основных целей электросетевого комплекса» Стратегии развития электросетевого комплекса Российской Федерации, утвержденной распоряжением Правительства РФ от 3 апреля 2013 г. № 511-р.

² Важно обратить внимание на то, что указанное предложение не касается статуса ПАО «ФСК ЕЭС», поскольку управление магистральными электросетями является стратегической задачей и обеспечивает жизнедеятельность не только российской экономики, но и общества в целом, в связи с чем именно этот вид деятельности в электросетевом комплексе априори должен быть монопольным (как магистральные нефтепроводы (ПАО «Транснефть») или же магистральные газопроводы (ПАО «Газпром»)).

³ Раздел XI Основных положений функционирования розничных рынков электрической энергии, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 4 мая 2012 г. № 442.

ст. 6 Закона об электроэнергетике), должны наступать не при любом нарушении регуляторного соглашения, а только при существенном. В указанных целях также потребуются введение градации критичности нарушения регуляторного соглашения.

Несмотря на то, что предлагаемое развитие правового регулирования в указанной сфере объективно является достаточно жестким, именно такая последовательность позволит реально перевести деятельность ТСО из статуса естественно-монопольной в конкурентную, что будет побуждать ТСО эффективно развивать сетевую инфраструктуру, предоставлять потребителям услуги на высоком уровне и выполнять возложенную на них функцию по обеспечению надежности и качества передаваемой электрической энергии.

При этом нельзя допускать избыточной жесткости и ограниченности с частноправовой точки зрения (ограничение принципа свободы договора и т.д.) института регуляторных соглашений, поскольку только взвешенный подход, позволяющий также на договорной основе уточнять параметры осуществления регулируемой деятельности исходя из обстоятельств ее осуществления в каждом конкретном случае (например, специфика региона присутствия и т.д.), позволит достигнуть желаемых результатов в совершенствовании электросетевого комплекса и развитии конкуренции, которая, как отмечается и в научной литературе, является одним из основных векторов развития законодательной базы в сфере электроэнергетики¹, в том числе по вопросам регулирования электросетевого комплекса.

Кроме того, необходимо учитывать, что с высокой долей вероятности регуляторные соглашения будут внедряться и в иные регулируемые сферы деятельности, в связи с чем надлежащая реализация пилотного проекта на примере электроэнергетики может оказать благоприятное влияние на развитие других регулируемых сфер экономики и повышение конкуренции в них.

¹ Конкуренция в рыночной экономике: пределы свободы и ограничений: монография / А.А. Амангельды, О.А. Беляева, А.Н. Варламова и др.; отв. ред. А.В. Габов. М.: ИЗИСП, Юриспруденция, 2016 (§ 3 «Развитие конкурентных отношений на розничных рынках электрической энергии», гл. 3, автор — О.А. Символоков).

*Османова Диана Османовна,
старший преподаватель кафедры частноправовых дисциплин
Института законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации,
кандидат юридических наук*

Развитие концепции преимущественного права покупки в процедуре банкротства и возможные пути ее модернизации

В последние годы становится очевидно, что традиционные цивилистические инструменты и механизмы в условиях процедуры банкротства приобретают несколько иные оттенки. Это обусловлено сложностью конкурсного процесса, множественностью лиц, в него вовлеченных, а также необходимостью соблюдения баланса их разнонаправленных интересов.

Наглядной иллюстрацией этого постулата является генезис идеи преимущественного права покупки в условиях несостоятельности должника.

Изначально проблема преимущественного права покупки в процедуре банкротства рассматривалась достаточно узко: данный вопрос затрагивался только с точки зрения банкротства сельскохозяйственных предприятий, что объяснялось наличием прямого законодательного регулирования. Так, нормативной базой преимущественного права покупки являлись нормы, изложенные в п. 3 ст. 177 (утратил силу¹) и ст. 179 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве).

Предоставление определенным категориям субъектов преимущественного права покупки было обусловлено намерением законодателя стимулировать укрупнение сельскохозяйственных производителей, создавать им минимальные преимущества при приобретении особо значимых объектов, без которых ни о каком сельскохозяйственном производстве не может быть и речи².

¹ На основании Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 296-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»».

² См.: *Егоров А.В.* Преимущественные права при продаже имущества сельскохозяйственных организаций в конкурсном производстве // Вестник ВАС РФ. 2008. № 10.

Указанная цель была реализована посредством создания определенного механизма продажи имущества такого должника (в том числе претерпевшего существенные изменения), включающего в себя последовательные действия арбитражного управляющего и уполномоченных субъектов.

Ранее с учетом постановления Президиума ВАС РФ от 9 июля 2009 г. № 1989/09 было установлено, что предприятие должника должно было быть выставлено на торги. После проведения первых торгов по продаже предприятия арбитражный управляющий должен был предложить лицам с преимущественным правом выкупить его по цене, сформированной на этих торгах. Заявление субъектов преимущественного права покупки должно было направляться арбитражному управляющему в течение месяца. В случае поступления нескольких заявлений определение покупателя должно было **производиться в рамках конкурсных процедур с непосредственным участием претендентов на преимущественное право покупки**. В таком случае **предпочтение отдавалось участнику, предложившему наибольшую стоимость**, с учетом цены, сформированной в результате проведения публичных торгов¹.

Текущая редакция ст. 179 Закона о банкротстве устанавливает, что преимущественное право покупки возникает только в случае пообъектной продажи имущества должника, т.е. после того, как не были проданы предприятие должника и производственно-технологический комплекс должника (п. 1)². При этом субъекты преимущественного права покупки дифференцированы: в первую очередь к ним относятся лица, занимающиеся производством или производством и переработкой сельскохозяйственной продукции и владеющие земельными участками, непосредственно прилегающими к земельному участку должника (далее — смежные землепользователи); в случае отсутствия таковых — сельскохозяйственные организации, крестьянско-фермерские хозяйства, расположенные в той же местности, где расположен

С. 23; определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 19 марта 2020 г. № 302-ЭС19-17986 по делу № А19-12879/2018.

¹ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 9 июля 2009 г. № 1989/09 по делу № А14-1423/2008-75/6 // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

² Подобный подход следует из буквального текста ст. 179 Закона о банкротстве, хотя в судебной практике довольно часто прослеживается позиция, согласно которой преимущественное право действует и в случае первичной продажи предприятия должника как имущественного комплекса. См., например, постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 2 октября 2018 г. по делу № А33-13744/2013.

должник, а также в соответствующем субъекте Российской Федерации или муниципальном образовании. В целях обеспечения реализации преимущественного права приобретения Закон о банкротстве предусматривает обязательный персональный порядок уведомления смежных землепользователей, а также опубликование информации о продаже в печатном органе по месту нахождения должника (абзац второй п. 2 ст. 179 Закона о банкротстве).

Неизменным оставалось правило о том, что преимущественное право покупки реализуется по цене, установленной в ходе торгов (п. 3 ст. 179 Закона о банкротстве). Избранный законодателем и правоприменительной практикой подход в данном вопросе в полной мере соотносится как с сущностью преимущественного права приобретения, так и с ролью торгов в процедуре банкротства: выявить наиболее выгодные для конкурсной массы условия продажи имущества должника (смысл торгов)¹ и установить первенство **при прочих равных условиях**, когда такое имущество может быть реализовано стороннему покупателю (смысл преимущественного права покупки)².

Перманентным также было наличие проблемных вопросов, требующих своего разрешения: способ защиты, который должен быть использован лицом, чье преимущественное право приобретения нарушено³; срок, в течение которого субъект преимущественного права может обратиться за защитой нарушенных прав⁴; допустимость

¹ См., например, определения Верховного Суда РФ от 27 ноября 2017 г. по делу № 306-ЭС17-10491, А57-15765/2011, от 22 марта 2018 г. № 308-ЭС17-19467 по делу № А32-37641/2013.

² См., например, постановление Арбитражного суда Поволожского округа от 2 августа 2019 г. по делу № А72-9501/2012.

³ Вопреки разъяснению, данному в вышеуказанном постановлении Президиума ВАС РФ, согласно которому надлежащим способом защиты является перевод на себя прав и обязанностей покупателя, суды вплоть до настоящего времени ошибочно полагают, что надлежащим способом защиты в таком случае является оспаривание торгов и признание договора, заключенного по их результатам, недействительным. См., например, постановления Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 29 апреля 2019 г. по делу № А32-3235/2018, Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 2 июля 2019 г. по делу № А19-12879/2018.

⁴ Верховный Суд РФ в определении от 19 марта 2020 г. № 302-ЭС19-17986 по делу № А19-12879/2018, касавшемся спора между субъектами, один из которых преимущественным правом не обладает, в части сроков защиты нарушенного права изложил свою позицию достаточно размыто, ограничившись ссылкой на позицию Президиума ВАС РФ 2009 г. Однако в данном случае следование этой позиции невозможно, поскольку она выражена применительно к другой ситуации, когда конфликт возник между двумя лицами, каждое из которых было обладателем преимущественного права.

экспансии выработанных позиций в случае реализации преимущественных прав вне рамок процедуры банкротства сельскохозяйственных предприятий¹; противодействие злоупотреблениям должника и связанных с ним лиц, направленных на обход преимущественных прав²; пределы действия преимущественного права покупки в случае признания торгов несостоявшимися³; порядок уведомления субъектов преимущественного права и их участие в торгах; защита прав потенциального покупателя в случае конкуренции преимущественного права и стороннего участника торгов, не знавшего о наличии субъекта преимущественного права⁴.

В общем виде эту проблему О.А. Беляева довольно давно назвала «противостоянием привилегий»⁵.

С учетом обозначенных проблемных вопросов целесообразно избрать общий вектор развития, направленный на ограничение преимущественного права покупки в условиях процедуры банкротства. Преимущественное право, представляя собой определенную привилегию в случае несостоятельности должника, должно иметь пределы во исполнение основной идеи выстраиваемого регулирования всех банкротных механизмов, а именно — идеи защиты интересов конкурс-

¹ См. определение Верховного Суда РФ от 31 марта 2020 г. № 306-ЭС19-22343 по делу № А65-40314/2018 — в рамках данного спора возник вопрос о порядке реализации преимущественного права покупки долевого собственника имущества должника (супруги), реализуемого в ходе процедуры банкротства гражданина.

² См. постановление Президиума ВАС РФ от 5 апреля 2012 г. № 14055/11; определение Верховного Суда РФ от 6 марта 2020 г. № 308-ЭС19-24219 (1,2) по делу № А53-33754/2015. В рамках указанных дел был исследован вопрос о возможности отмены мирового соглашения, если его условия предусматривают переход в пользу контрагента должника доли последнего в праве общей долевой собственности. Судами подобные условия воспринимаются как обход преимущественного права выкупа иных долевых собственников имущества.

³ В рамках Постановления Президиума ВАС РФ 2009 г. суд указал, что порядок реализации преимущественного права, определенный судом, должен быть использован на всех этапах реализации торгов; однако полагаем, что с этой позицией в полной мере согласиться нельзя. Последующие этапы реализации имущества подразумевают снижение цены продажи, что не может отвечать интересам конкурсной массы, поэтому, по нашему мнению, должен существовать сбалансированный механизм, стимулирующий субъектов преимущественного права выкупать имущество по цене, определенной по результатам оценки, а не по заниженной стоимости, установленной в ходе последующих этапов торгов.

⁴ Об этой проблеме см.: *Беляева О.А.* Преимущественные права и торги: проблемы соотношения // *Аукционный вестник.* 2012. № 106. С. 1–2.

⁵ *Беляева О.А.* Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012. С. 17.

ной массы. Подобное предложение может быть продемонстрировано на отдельных частных аспектах.

В первую очередь, в контексте предложенного понимания это касается порядка уведомления о проведении торгов в случае продажи имущества, которое потенциально может быть приобретено субъектом преимущественного права. При реализации имущества должника, не являющегося сельскохозяйственным производителем, задача определить субъектный состав носителей потенциального права является вполне выполнимой. Однако необходимость персонального уведомления смежных землепользователей, установленная ст. 179 Закона о банкротстве, с учетом возможных масштабов расположения имущества должника — сельскохозяйственной организации представляется необоснованной ввиду особой сложности их выявления. Подобный подход тем более видится несправедливым в условиях правовой неопределенности относительно срока защиты нарушенного преимущественного права. С учетом имеющихся судебных позиций иск субъекта преимущественного права может быть предъявлен в пределах общего срока исковой давности (а не сокращенного по аналогии со сроком, установленным в ст. 250 ГК РФ), а это, в свою очередь, ставит победителя торгов в крайне невыгодное положение.

Принимая во внимание изложенное, предлагается исключить необходимость персонального уведомления лиц, обладающих преимущественным правом, в пользу установления в качестве общего правила достаточность размещения официальной публикации с обязательным указанием, что реализуемое имущества имеет преимущественных покупателей. В таком ключе положение п. 2 ст. 250 ГК РФ о том, что субъекты преимущественного права покупки должны быть письменно извещены, в условиях банкротства модифицируется, а нормы, изложенные в п. 2 ст. 179 Закона о банкротстве, подлежат реформированию.

Помимо этого, ограничение должно касаться пределов распространения преимущества в случае неоднократного проведения торгов. В настоящее время преимущественное право покупки не ограничено в зависимости от этапа продажи, в связи с чем у участника, обладающего указанным правом, нет стимула выкупить имущество по рыночной цене при первичном его выставлении на торги, если со стороны иных лиц нет поступивших заявок (а в случае поступления заявок при намерении приобрести предмет продажи такой субъект всегда может обратиться с требованием о переводе на себя прав покупателя). Сложившийся подход видится некорректным, поскольку фактически

предоставляет субъекту преимущественного права возможность манипулирования стоимостью предмета с целью последующего приоритетного выкупа по заниженной цене.

С целью недопущения подобных злоупотреблений предлагается ограничить преимущественное право первичной продажей с торгов¹: так, если имущество было в первый раз выставлено на торги (первые торги в случае применения ст. 179 Закона о банкротстве имеют свою специфику, которая также должна быть учтена), субъект преимущественного права является таковым только в рамках указанных торгов. В случае если имущество не было выкуплено по итогам таких торгов по цене, определенной в результате оценки (при отсутствии иных заявок), что привело к признанию торгов несостоявшимися и повторному выставлению предмета продажи с понижением цены, преимущественное право покупки утрачивается. При последующей продаже такой участник может участвовать в проводимых торгах наряду с иными участниками, не обладая каким-либо приоритетом.

Предложенный путь позволит сбалансировать механизм торгов и повысить его эффективность в условиях, когда отчуждается имущество, в отношении которого имеются преимущественные права. С одной стороны, у субъекта преимущественного права появится дополнительный стимул к приобретению предмета продажи по среднерыночной цене, установленной в результате оценки, что позволит исключить возможные злоупотребления, с другой стороны, ему будет обеспечен равный и справедливый доступ к процедуре реализации указанного имущества.

Особенно важно обратить внимание на установление предельного срока защиты нарушенного преимущественного права, что отвечает идее его ограниченности в условиях несостоятельности должника. Как уже было сказано, судебная практика не дает ответа на вопрос, в течение какого времени должно быть защищено нарушенное преимущественно право покупки, если конфликт возникает между победителем торгов, таким правом не обладающим, и субъектом такого права, который узнал о состоявшейся продаже гораздо позже реализации.

¹ Следует отметить, что банкротной процедуре известны примеры утраты участником привилегированного положения. Так, согласно п. 4 постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 58 «О некоторых вопросах, связанных с удовлетворением требований залогодержателя при банкротстве должника» кредитор, заявивший свое требование после закрытия реестра, утрачивает статус залогового кредитора. См., например, определения Верховного Суда РФ от 1 декабря 2016 г. № 307-ЭС16-15976 по делу № А32-2866/2014, от 19 ноября 2019 г. № 309-ЭС19-20591 по делу № А47-3186/2018.

Возможность судебной защиты любого субъективного права в условиях действующего регулирования всегда ограничена разумными пределами с учетом сущности и специфики правоотношений. В связи с этим полагаем обоснованным в части срока в полной мере применять по аналогии срок, определенный в ст. 250 ГК РФ, а именно три месяца, течение которого должно начинаться с даты первых торгов даже в том случае, если они признаны несостоявшимися. Здесь должна применяться презумпция осведомленности субъектов преимущественного права о проводимых торгах после официального опубликования соответствующих сведений, идея которой хорошо известна банкротному законодательству¹. Ограниченность срока защиты нарушенного права вносит правовую определенность в положение победителя торгов, который сможет адекватно оценить возможные риски приобретения такого имущества².

Предложенные пути решения проблемных вопросов применимы к любому виду имущества, в отношении которого имеются субъекты с преимущественным правом покупки. Очевидно, что процедура банкротства требует развития идеи соотношения преимущественного права покупки и торгов, которая давно вышла за пределы специального регулирования, предусмотренного для сельскохозяйственных организаций.

С учетом тенденции расширительного применения положений ст. 179 Закона о банкротстве при разрешении вопросов о соотношении преимущественного права покупки и торгов, когда должником является не сельскохозяйственная организация, требует своего изменения норма, закрепленная в п. 3 этой статьи, о том, что конкуренция преимущественных прав разрешается в пользу более ранней заявки. Подобное регулирование не отвечает интересам конкурсной массы, в связи с чем думается правильным обратиться к ранее изложенной позиции ВАС РФ, согласно которой конфликт преимущественных прав должен быть разрешен с помощью обычной процедуры торгов, когда победителем становится тот, кто предложил наибольшую цену (с учетом цены, уже сформированной в ходе общих торгов)³.

¹ Например, ст. 71, п. 3 ст. 213.7 Закона о банкротстве; абз. 4 п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)».

² *Беляева О.А.* Преимущественные права и торги: проблемы соотношения // *Аукционный вестник*. 2012. № 106. С. 1.

³ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 9 июля 2009 г. № 1989/09 по делу № А14-1423/2008-75/6 // *Вестник ВАС РФ*. 2009. № 11; *Егоров А.В.* Указ соч. С. 36.

Не менее важно обозначить проблемы надлежащего способа защиты нарушенного преимущественного права покупки. Так, учитывая наличие специального способа защиты, предусмотренного действующим законодательством, оптимальным полагаем такой предмет заявленных требований, как перевод на себя прав и обязанностей покупателя. Торги представляют собой конкурентную форму выбора наилучших условий продажи в интересах конкурсной массы, а потому именно потребность конкурсной массы является определяющим фактором при избрании надлежащего способа защиты.

В условиях, когда единственным «пороком» проводимых торгов является выбор «ненадлежащего» покупателя (в силу определенной специфики реализуемого предмета), интерес конкурсной массы не страдает, а значит, такие торги не могут быть признаны недействительными. В то же время, если «пороки» выходят за рамки выбора контрагента и включают в себя установление невыгодных условий (например, заниженная стоимость продажи), предъявление требования о недействительности таких торгов представляется обоснованным.

Безбах Виталий Васильевич,
профессор кафедры гражданского права
и процесса и международного частного права
юридического института РУДН

Фролова Евгения Евгеньевна,
заведующая кафедрой гражданского права
и процесса и международного частного права
юридического института РУДН,
доктор юридических наук

Импликативные аспекты модернизации обязательственного права в зарубежных правопорядках¹

Общеизвестно, что анализ правоотношений имущественного оборота в дорыночную эпоху привел С.Н. Братуся к теоретическим выводам, которые до настоящего времени сохраняют свою значимость. Эти выводы касались различных вопросов – субъектов гражданского права, договоров, ответственности и др. и содействовали более глубокому проникновению в суть явлений и процессов, составлявших предмет исследования отечественных цивилистов². Они продолжают обогащать науку гражданского права положениями, раскрывающими значение действующих цивилистических принципов и применяемых подходов.

Знание и понимание функционирования институтов гражданского права в различных правовых системах выступают очевидной необходимостью при изучении российского частного права, определении характера и направлений его развития³. Очевидна и их необходимость применительно к изучению и восприятию модернизационных уси-

¹ Работа выполнена при финансовой поддержке гранта Президента РФ № НШ-2668-2020.6 «Национально-культурные и цифровые тренды социально-экономического и политико-правового развития Российской Федерации в XXI веке».

² См., например: *Братусь С.Н.* Юридическая ответственность и законность: очерк теории. М., 2001; *Он же.* Субъекты права. М., 1950.

³ См. предисловие Е.А. Суханова к его книге «Вещное право» (М., 2017. – Цит. по: СПС «КонсультантПлюс»).

лий, предпринимаемых зарубежным законодателем в области такой динамичной сферы гражданско-правового регулирования, которая охватывает обязательственные отношения.

Авторы настоящей статьи исходят из суждения о том, что если национальное гражданское законодательство подвергается изменениям в институциональном масштабе, то модернизирующий потенциал осуществленных либо осуществляемых перемен определяется в значительной степени их мотивами и целями. Несомненный интерес в этом плане представляют перемены, осуществляющиеся с начала нынешнего столетия в правопорядках Германии, Франции и Бразилии.

О модернизации обязательственного права в Германии. Как известно, масштаб изменений, которым подверглась вторая книга Германского гражданского уложения (*BGB*), посвященная обязательствам, вследствие вступления в силу 1 января 2002 г. Закона о модернизации обязательственного права, настолько значителен, что дает повод именовать их драматическими. Совокупность этих изменений, несомненно, крупнейшая реформа германского гражданского законодательства после 1900 г., т.е. года вступления в силу *BGB*.

Осуществление такой реформы было вызвано рядом факторов. Первым из этих факторов следует назвать необходимость отражения в германском законодательстве ряда положений, предписывавшихся директивами Европейского союза¹, и прежде всего тех, которые касались охраны прав потребителей², а также электронной торговли³ и просрочки платежей⁴. Положения этих директив, важные сами по себе, не выступали тем не менее единственным наполнителем содержания Закона о модернизации 2002 г. Однако весьма важным стало то обстоятельство, что они ускорили принятие Закона о модернизации, и такое ускорение было отнюдь не в последнюю очередь обусловлено истечением срока, в течение которого положения директив подлежали

¹ См.: *Витрянский В.В.* Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. 2-е изд., испр. и доп. М., 2018 (цит. по: СПС «КонсультантПлюс»).

² The Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/44/EC. С 2022 г. эта Директива подлежит замене Директивой от 20 мая 2019 г., касающейся договоров купли-продажи товаров (Directive (EU) 2019/771).

³ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

⁴ Payment Directive 2000/35/EC. В настоящее время заменена Директивой 2011 г. (The Late Payment Directive, 2011/7/EU).

включению в национальное законодательство¹. Неслучайно впоследствии некоторые недостатки реформы объяснялись поспешностью в ее разработке и проведении.

Другим фактором принятия Закона о модернизации обязательственного права было наличие уже подготовленного проекта реформы обязательственного права, работа над которым была начата еще в 1970-е гг., завершена составлением проекта реформы в 1992 г. и который в 1994 г. на проводимой каждые два года Ассамблее германских правоведов (*Deutscher Juristentag*) был одобрен подавляющим большинством голосов, но который не получил после этого дальнейшего движения в федеральном министерстве юстиции. Возможно, именно сроки имплементации положений Директивы ЕС о правах потребителей 1999 г. можно считать стимулом, оживившим проект.

Наконец, третьим фактором выступила та часть германского гражданского законодательства, которая оставалась не консолидированной пределами *BGB* и которую германский законодатель счел возможным затронуть консолидацией в ходе реформы, интегрировав ее в Германское гражданское уложение.

Пригодность ранее составленного проекта обновления обязательственного права для целей модернизации объясняется тем, что и для Закона 2002 г., и для Директивы о правах потребителя 1999 г. существовала общность некоторых исходных положений. Этой общностью оба акта обязаны Венской конвенции о купле-продаже товаров 1980 г., поскольку она закрепила такой круг последствий нарушения договора в виде применения средств правовой защиты пострадавшей от такого нарушения стороной, который вполне отвечал целям, достижение которых предусматривалось упомянутыми актами.

Разумеется, представление о средствах правовой защиты следовало расширить с тем, чтобы сделать его пригодным к кругу договор-

¹ Наиболее близкой к дате принятия Закона о модернизации была дата истечения срока для транспозиции положений Директивы о правах потребителей 1999 г. Бюджету ФРГ приходилось ранее нести расходы, связанные с выплатами на основании «*доктрины Франкович*», т.е. принципа ответственности государства — члена ЕС перед теми гражданами, которые понесли ущерб по причине отсутствия в национальном законодательстве норм, предписанных директивами ЕС. Стремление избежать повторения таких расходов, видимо, оказывало некоторое влияние на темпы работы над проектом реформы. Подробнее о названной доктрине (дело *Andrea Francovich and Danila Bonifaci v. Italy*) см.: James E. Hanft. *Francovich and Bonifaci v. Italy*: EEC Member State Liability for Failure to Implement Community Directives // *Fordham International Law Journal*. 1991. Vol. 15. Issue 4. URL: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1330&context=ilj>

ных обязательств вообще, а не только к тем, которые возникают из купли-продажи. Поэтому вместо конструкции «нарушение договора», использованной Венской конвенцией, модернизированное германское обязательственное право оперирует конструкцией «нарушение обязанности», что позволяет применять ее для предоставления средства защиты всякому кредитору. По существу, расширенное представление о средствах правовой защиты вывело его не только из границ договора купли-продажи, но и из границ договорных обязательств вообще, поскольку оно оказалось применимым ко всей сфере обязательственных правоотношений в целом.

Закрепление такого представления Законом о модернизации существенно облегчило отражение в германском праве предписания Директивы о правах потребителя. Договорные отношения регламентируются по общему правилу диспозитивными нормами права. Это означает, что участники договора могут подчинить его исполнению нормам, отличающимся от тех, которые содержатся в *BGB*. А если все договорное право страны приводится в соответствие с правилами, предписанными Директивой о правах потребителей, то транспонировать «потребительские нормы» в гражданское законодательство оказывается возможным путем введения в гражданское уложение норм в пользу потребителей, имеющих императивный характер. Именно такие нормы, в частности, были включены в § 475 *BGB*.

Одним из наиболее актуальных результатов реформы германского обязательственного права стало создание новой системы средств защиты. Понятие средств защиты, которыми вправе воспользоваться участники обязательственных отношений, раскрывается в науке германского частного права с учетом нескольких нюансов. В ней принято разграничивать принадлежащее кредитору право требовать исполнения договора в натуре (первичное требование) от прочих прав, возникающих у него в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства (вторичные, или секундарные, требования¹). В этом контексте средства правовой защиты относятся к правам требования, составляющим секундарную категорию требований кредитора к не-

¹ О становлении концепции таких прав см. статью известного германского правоведа Эмиля Зеккеля (1864–1924) «Секундарные права в гражданском праве», помещенную в «Вестник гражданского права», 2007, № 2. Германскому гражданскому праву известна и категория секундарных обязанностей, возникающих, например, как обязанность возмещения ущерба ввиду запоздавшего исполнения. См.: *Егоров А.В.* Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России // Вестник гражданского права. 2011. № 3.

справному должнику, которая охватывает, в частности, требования о возмещении убытков, право на прекращение договора или право на снижение цены.

Для того чтобы отчетливее представить себе перемены, произошедшие в германском обязательственном праве вследствие его реформы, следует обратиться к тем последствиям, которые наступали в результате нарушения обязательства согласно дореформенным нормам.

До реформы право различало четыре основных вида нарушения договора: нарушение, вызванное невозможностью исполнения (*Unmöglichkeit*); нарушение, вызванное просрочкой исполнения (*Verzug*); позитивное нарушение (*positive Vertragsverletzung*) и нарушение, вызванное недостатками вещи (*Gewährleistung*).

Такая классификация нарушений вызвала для правоприменения ряд трудностей, наибольшая из которых заключалась в их разграничении. Уклониться от разграничения было невозможно, поскольку правовые средства реагирования кредитора на любое из этих нарушений различались в зависимости от его вида. Примеры возникавших трудностей дает литература применительно к случаям поставки покупателю (кредитору) товара ненадлежащего качества¹. Осуществление предоставленных ему средств защиты ограничивалось весьма коротким сроком исковой давности (в данном примере — шесть месяцев с даты поставки). При этом право на взыскание убытков признавалось за ним лишь в исключительных случаях. Однако если речь шла не о недостатках поставленного товара, а о полной непоставке (т.е. о неисполнении договора вообще), то положение покупателя становилось иным: он по общему правилу (а не в порядке исключения) приобретал право на взыскание убытков, включая косвенные, а срок исковой давности для осуществления этого права оказывался гораздо более продолжительным (в большинстве случаев — два года).

Различие в последствиях воспринималось как драматическое в тех случаях, когда предоставленное должником исполнение могло трактоваться одной стороной как поставка дефектного товара, а другой — как полная непоставка этого же товара².

¹ См.: *Schulte-Nölke H.* The New German Law of Obligations: an Introduction. URL: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=357>

² Классический пример расхождения в трактовке исполнения можно обнаружить в материалах, относящихся к решению *Bundesgerichtshof* от 20 ноября 1967 г. Спор возник в связи с поставкой семян озимой пшеницы вместо яровой; посеянные весной, а не осенью, они не дали всходов. Продавец считал свот исполнение поставкой вещи ненадлежащего качества, а покупатель — поставкой иного товара, чем было указано

Отсутствие пригодного общего критерия для разграничения упомянутых видов нарушения требовало от законодателя нормотворческих новаций. Они были введены модернизацией, которая привела к существенному снижению потребности в такого рода разграничениях. Вместо оснований ответственности должника, выражаемых неисполнением либо ненадлежащим исполнением, и, следовательно, вместо деления нарушений договора на виды был введен новый критерий квалификации неисправности должника – «неисполнение обязанности», т.е. критерий общего характера. Он лишил актуальности вопрос выяснения того, поставил должник товар недолжного качества или допустил иное нарушение договора. Теперь нарушением договора признается, например, неисполнение продавцом обязанности передать покупателю вещь, свободную от физических и юридических недостатков (*Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.* – *BGB*, § 433).

Одна из целей реформы заключалась в том, чтобы облегчить понимание выраженных в формулировках Гражданского уложения правил. По этой причине многие положения второй книги *BGB* были изложены в иной редакции, не менявшей, однако, во многих случаях результаты их применения. Однако в ряде случаев внесенные изменения приводили к закреплению совершенно новых норм, результаты применения которых существенно отличались от тех, которые наступали при применении их в прежней редакции. Такого рода изменения были нацелены на оказание большего воздействия на должника в сторону исполнения лежащей на нем обязанности и возложения на него большего риска возложения ответственности за неисполнение. Примером таких изменений выступают те нормы, которые допускали взыскание убытков вместо реального исполнения.

Эти нормы затрагивают ситуации, в которых неисправный должник не уведомляет кредитора о причинах неисполнения в условиях, когда раскрытие таких причин составляет его обязанность. Ясно, что само по себе извещение кредитора, совершенное во исполнение такой обязанности, не делает кредитора уверенным в истинности извещения.

Дореформенные правила предусматривали для подобного случая правило о возмещении убытков, взыскиваемых вместо исполнения при наличии, однако, целого ряда условий. Круг этих условий, обозна-

в договоре, т.е. настаивал на признании полного неисполнения договора продавцом (Neue Juristische Wochenschrift. 1968. P. 640. – Цит. по: *Schulte-Nölke H.* The New German Law of Obligations: an Introduction. URL: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=357>).

ченный в прежнем § 326 *BGB*, составляли: неисполнение, связанность должника ответственностью за неисполнение, направление должнику претензии, вызванной неисполнением, указание разумного срока для исполнения, заявление об отказе от встречного предоставления (*Gegenleistung*) по истечении этого срока, а также истечение названного срока.

После реформы эти правила были изложены в § 281 *BGB* в заметно сокращенном количестве. Из их круга были исключены те, что предусматривали направление должнику претензии, вызванной неисполнением, и заявление об отказе от встречного предоставления по истечении назначенного срока.

Отмененные правила первоначально имели целью охранять интересы должника. Реформа сделала шаг навстречу интересам кредитора, облегчив для него применение таких способов их защиты, как прекращение договора и взыскание убытков вместо реального исполнения.

Повышение внимания германского законодателя к интересам кредитора выражается и в иных нововведениях, принесенных реформой. Для предъявления требований к должнику, связанных с нарушением обязанности по передаче движимых вещей, срок исковой давности увеличен с шести месяцев до двух лет (§ 438 *BGB*). Сам по себе срок такой продолжительности предписан Директивой ЕС о правах потребителей, но в *BGB* он установлен для любых договоров купли-продажи, а не только для тех, в которых участвуют потребители.

Кроме того, реформа изменила подход к возмещению убытков, вызванных недостатками проданного товара. Ранее их взыскание допускалось лишь в порядке исключения, например, в случаях несоответствия товара обещанным гарантиям его качества либо при умышленном сокрытии недостатков от внимания покупателя. Реформа привела к закреплению гораздо большего числа оснований для предоставления кредитору-покупателю права на взыскание убытков, связанных с недостатками проданного товара. В *BGB* теперь закреплена норма, которая в порядке общего правила позволяет признавать поставку дефектных товаров нарушением договорной обязанности (§ 433), что позволяет покупателю (кредитору) требовать возмещения убытков. Впрочем, позицию продавца (должника) нельзя в данном случае считать «обремененной»: он может избежать взыскания убытков, если докажет, что не отвечает за такое нарушение обязанности (*wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.* — § 280 *BGB*).

Еще одна возможность для кредитора — прибегнуть к взысканию напрасных расходов — предусмотрена в § 284 *BGB* (*Ersatz vergeblicher*

Aufwendungen). Воспользоваться этой возможностью кредитор может в следующих обстоятельствах. Если у него имеется право требовать вместо исполнения возмещения убытков, то вместо осуществления такого права он может потребовать возмещения разумных расходов, которые он понес в ожидании предоставления, исключая случай, когда цель таких расходов была бы недостижимой, даже если бы должник не допустил нарушения договора. Считается, что такая возможность оценивается современной наукой германского гражданского права в контексте разграничения позитивных и негативных интересов кредитора. Российские исследователи указывают также на то, что возмещение напрасных расходов может быть отнесено к убыткам от «доверия к сделке», от доверия к обещанию должника исполнить договор¹.

Принцип свободы также подвергся довольно серьезным ограничениям в результате реформы. Отчасти ограничения обусловлены положениями Директивы ЕС о правах потребителей, предписывающими подчинение договоров с участием потребителей содержащимся в Директиве нормам императивного характера. Однако и в этом случае такого рода нормы распространены германским законодателем на более широкий круг договоров купли-продажи.

Новый подход зафиксирован в результате модернизации применительно к исполнению договора, затрагиваемому действием *frustration*. Право требовать такого изменения возникает в случае, если обстоятельства изменились в настолько невыгодном для исполняющей стороны масштабе, что если бы она предвидела их наступление, то не заключила бы договор или заключила бы его на иных условиях. Невозможность или неприемлемость адаптации договора к новым условиям позволяет отказаться от него.

Германские цивилисты квалифицируют правила § 313 *BGB* как аналог известной праву стран *common law* доктрины тщетности договорной цели (*frustration of the contract*). Именно так обычно и обозначается ими по-английски совокупность правил, закрепленных в § 313 (*Störung der Geschäftsgrundlage*)². Впрочем, в п. 2 названного параграфа поясняется, в сущности, недостижимость договорной цели: «*Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen*», т.е. речь здесь

¹ См.: Овсянникова А.О. Компенсация убытков, вызванных «обманом доверия» к исполнению сделки // Опыт цивилистического исследования: сб. ст. Вып. 3 / Рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М., 2019 (СПС «КонсультантПлюс»).

² Loewisch M. New Law of Obligations in Germany // *Ritsumeikan Law Review*. 2003. № 20. P. 147.

идет о том, что к изменению обстоятельств приравнивается то, что существенные представления об основании заключенного договора оказались ложными.

Модернизация обновила ранее действовавшие правила о влиянии изменившихся обстоятельств на обязательность исполнения заключенного до их изменения договора. Новизна, как подчеркивают германские правоведы, заключается не в допущении как таковой возможности должника освободиться от исполнения ставшей непосильной обязанности, а в том, что такое освобождение наступает не автоматически, как прежде, а в силу требования стороны¹.

Принципы европейского договорного права (*PECL*) также послужили источником идей и подходов, учитывавшихся в ходе модернизации германского права².

Модернизации подверглось и обязательственное право Франции в ходе его реформы, осуществленной в 2016 г.

Ордонансом № 2016-131 от 10 февраля 2016 г. были внесены обширные изменения в положения Гражданского кодекса Франции, касающиеся договоров. Эти изменения составили содержание осуществленной французским нормотворчеством масштабной реформы договорного права³. Закрепленные Кодексом нормы о договорах не оставались, разумеется, неизменными в течение более чем двух сотен лет, прошедших со времени его принятия в 1804 г. (хотя целый ряд норм действительно оставались таковыми); изменения и отмены затрагивали их и прежде, но перемен полноценного модернизационного калибра раньше не происходило⁴.

¹ *Loewisch M.* New Law of Obligations in Germany // *Ritsumeikan Law Review*. 2003. № 20. P. 148.

² См.: Унификация и гармонизация в международном частном праве. Вопросы теории и практики: монография / Отв. ред. Г.К. Дмитриева, М.В. Мажорина. М., 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

³ Договор как общеправовая ценность: монография / Авхадеев В.Р., Асташова В.С., Андриченко Л.В. и др.; Ин-т законод. и сравнит. правоведения при Правительстве РФ. М., 2018 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ Подготовка к реформированию положений гражданского кодекса о договорах велась во Франции довольно продолжительное время. В ней участвовали разные группы правоведов, подготовившие несколько проектов (проекты, подготовленные под руководством профессора П. Катала, под руководством профессора Ф. Терре, и проект Министерства юстиции). Эти проекты неизменно привлекали внимание российских ученых (см.: *Маковская А.А.* Реформа договорного права во Франции. Новые положения Гражданского кодекса Франции // *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*. 2016. № 8; *Усачева К.А.* Единая модель реституционных отношений в проектах реформирования французского и швейцарского обязательственного

Среди причин, вызвавших необходимость реформы, упоминают намерение повысить привлекательность Франции в высококонкурентном мире ввиду сопоставления французского частного права с системой *common law*.

Считается, что цель реформы состояла не столько в фундаментальном изменении французского договорного права, сколько в отражении Кодексом тех изменений, которые были осуществлены судебной практикой¹.

Так, принцип добросовестности, закрепленный в новой ст. 1104 ФГК, содержащий как предписание публичного порядка требование о том, чтобы договоры заключались и исполнялись добросовестно, выражает ранее провозглашенные доктриной судебной практикой подходы к регулированию договорных отношений².

В числе новых положений, закрепленных отныне в ФГК, можно подчеркнуть следующие.

Французский гражданский кодекс теперь императивно закрепляет обязанность предоставлять сведения преддоговорного характера. При заключении договора новая ст. 1112-1 обязывает сторону, обладающую сведениями, которые имеют решающее значение для выражения согласия другой стороной, уведомить о них эту сторону в случае, если та правомерно пренебрегает такими сведениями или полагается в этом отношении на контрагента. Такая обязанность не касается, впрочем, сведений о стоимости предоставления. Решающее значение придается сведениям, которые прямо и необходимо связаны с содержанием договора либо деловой характеристики сторон. Обязанность доказывания необходимости предоставления сведений лежит на той из договаривающихся сторон, которая утверждает, что они должны были быть ей предоставлены, а обязанность доказывания факта состоявшегося предоставления сведений лежит

права (часть первая: новое решение старой проблемы) // Вестник гражданского права. 2015. № 6).

¹ На парадоксальную часть отношений, возникающих из договоров, за рамки нормативного регулирования и породившей необходимость кодификации правил, фактически сформулированных судебной практикой, уже обращалось внимание в российской литературе. См.: Договоры в гражданском праве зарубежных стран: монография / Гайдаенко Шер Н.И., Грачев Д.О., Лешенков Ф.А. и др.; отв. ред. С.В. Соловьева; Ин-т законодат. и сравнит. правоведения при Правительстве РФ. М., 2018 (СПС «КонсультантПлюс»).

² См.: Нам К.В. Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики. М., 2019 (СПС «КонсультантПлюс»).

на другой стороне. Такую обязанность стороны не вправе ни ограничивать, ни исключать.

Факт неисполнения данной обязанности может служить поводом к аннулированию договора по основаниям, указанным в ст. 1130 ФГК и след.¹

В ФГК включены правила, касающиеся договоров, предоставляющих преференции одной из сторон (*pacte de préférence*). Понятие таких договоров определено в ст. 1123, указывающей, что договором о предоставлении преференции считается договор, в котором одна сторона обязывается предпочтительно перед иными лицами предложить заключение договора другой стороне (бенефициару) в случае, если бенефициар примет решение о заключении договора. Основные правила, касающиеся таких договоров, состоят в следующем.

В ФГК были включены положения об одностороннем обещании заключить договор. Дореформенная французская судебная практика по спорам, связанным с такими обещаниями, не была лишена противоречий. Реформа положила конец этим противоречиям. В Гражданском кодексе получило закрепление определение понятия одностороннего обещания: «Одностороннее обещание — это договор, по которому одна сторона, обещающая, предоставляет другой стороне, бенефициару, право заключить с ней договор, основные условия содержания которого определены и для заключения которого недостает только согласия бенефициара» (ст. 1124).

Отзыв обещания тем, кто его выразил, сделанный в течение срока, предоставленного бенефициару для выражения согласия, не препятствует заключению договора. Более того, договор, заключенный с третьим лицом, которое знало о существовании обещания, признается теперь ничтожным (ст. 1124).

Новая ст. 1178 ФГК позволяет сторонам по взаимному соглашению аннулировать договор без обращения в суд с требованием о признании его недействительным.

Правило о *caducité*, закрепленное ст. 1189 ФГК, позволяет прервать договор, если одно из существенных условий его содержания отпадает, вследствие чего исполнение договора становится невозмож-

¹ Авторы, сопоставляющие новые положения французского договорного права с соответствующими нормами, действующими в странах *common law*, обращают внимание на то, что английское договорное право подобной обязанности не предусматривает. См.: Soraya Salem and Perrine Bertrand. French contract law Reform: what's new? URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8240d0ff-684d-47b7-a6ea-a2f0b954f983>

ным ввиду того, что отпал иной договор, тесно связанный с данным договором.

Появилась норма о договоре о предоставлении преференции (ст. 1123). Таковым считается договор, в котором одна сторона обязывается предпочтительно перед иными лицами предложить заключение договора другой стороне (бенефициару) в случае, если она примет решение о заключении договора. Если договор окажется заключенным с третьим лицом в нарушение договора о предоставлении преференции, то бенефициар вправе взыскать ущерб (*reparation*), причиненный ему таким нарушением. Если третье лицо было осведомлено о существовании договора о предоставлении преференции и о намерении бенефициара воспользоваться им, то этот последний также вправе требовать признания договора недействительным либо обратиться в суд с требованием о замене собой третьего лица в заключенном договоре. При этом третье лицо может в письменном виде обратиться к бенефициару с просьбой подтвердить в указанный им срок, которому следует быть разумным, наличие договора о предпочтении и намерение бенефициара воспользоваться им. В таком письменном обращении может быть указано, что в отсутствие ответа в течение этого срока бенефициар пакта более не вправе ходатайствовать о замене собой третьего лица в договоре или о признании договора недействительным.

Модернизированы и правила о средствах защиты в случае неисполнения договора. Кредитор может приостановить исполнение своей обязанности с момента, когда становится очевидным, что его контрагент не исполнит своевременно своей обязанности перед ним и последствия такого неисполнения окажутся для него достаточно серьезными (ст. 1220). Тем самым введено новое средство защиты от нарушения договора, позволяющее стороне сберечь время и деньги. Известный риск для стороны, намеренной воспользоваться правом на приостановление, состоит в обеспечении надежных доказательств очевидности несвоевременного исполнения со стороны контрагента. При отсутствии таких доказательств нарушителем договора может быть признан тот, кто инициировал приостановление.

Появилась также норма об исполнении обязательства в натуре. Новая ст. 1221 ГК Франции запрещает требовать исполнения обязательства в натуре, если таковое оказалось физически невозможным, а также когда обязательство выражает непропорциональное соотношение между издержками должника на его исполнение и выгодой кредитора.

Кредитор получил право прекратить договор в одностороннем порядке. Для этого ему достаточно формально уведомить должника о требовании исполнить договор (новая ст. 1226 ГК Франции).

Новое средство защиты связано с несоответствием исполнения ожиданиям получающей его стороны: если исполнение, предоставленное должником, отличается от ожиданий кредитора, то последний вправе принять такое исполнение, потребовав соответствующего снижения цены (новая ст. 1223 ГК Франции). Такая норма несколько расходится с принципом обязательного соблюдения условий договора, но отвечает интересам целесообразности в регламентации.

Изменен подход к основанию договора («кауза»). Появились нормы, направленные на обеспечение определенного равновесия в договоре, например, всякое положение, лишаящее обязательство должника его предмета, считается ненаписанным (новая ст. 1170). Возмездный договор признается ничтожным, если на момент его заключения контрагент соглашается на такое вознаграждение, которое по сравнению с исполнением является «иллюзорным или смехотворным» (новая ст. 1169).

Теперь считаются недопустимыми любые оговорки, создающие существенную неравновесность между правами и обязанностями сторон. В договоре присоединения оговорка, существенно нарушающая равновесие между правами и обязанностями сторон, считается ненаписанной. Речь, правда, идет только о договорах присоединения, т.е. о таких, общие условия которых не вырабатывались сторонами совместно в ходе переговоров, а были заранее установлены одной из сторон (*contrat d'adhésion*). Впрочем, договоры присоединения настолько распространены на практике, что по этой причине запрещение «оговорки о неравновесности» приобретает значение, близкое к значению нормы общего характера.

Выработанное судебной практикой понятие «злоупотребление зависимым положением» также закреплено в Кодексе. Договор может быть признан ничтожным, если доказано, что сторона злоупотребила зависимым от нее положением контрагента (*l'état de dépendance*) в целях обеспечения «явно избыточной выгоды» (*avantage manifestement excessif* – ст. 1143). Зависимость может быть моральной и (или) экономической. Известно, что поведение такого рода предусматривается английским правом, которое признает договор недействительным, если он был заключен под влиянием принуждения.

Реформа предусмотрела возможность изменения (адаптирования) договора в случае возникновения «непредвиденного изменения об-

стоятельств». Речь идет об обстоятельствах, возникновение которых делает исполнение договора чрезмерно затратным для должника, который не выразил в договоре согласия на принятие риска наступления таких обстоятельств. Такой должник вправе теперь добиваться пересмотра условий договора. Если согласовать такой пересмотр сторонам не удалось, то они вправе по общему согласию либо прекратить договор, либо ходатайствовать перед судом о принятии решения о пересмотре. При отсутствии взаимного соглашения о прекращении договора суд может в зависимости от весомости аргументов каждой из сторон принять решение о пересмотре условий договора либо о его прекращении (ст. 1195).

По существу, правило новой ст. 1195 ГК Франции закрепило принцип, аналогичный тому, который общему праву (*common law*) известен как *doctrine of frustration*. Применение *doctrine of frustration* позволяет, как известно, либо признать невозможным исполнение договорных обязательств, либо изменить первоначальную цель договора.

В российской литературе не обойдено вниманием значение закрепления этого принципа французским правом¹.

По существу, модернизированное французское обязательственное право допускает вмешательство в содержание договора с целью его изменения ради недопущения чрезмерных потерь, на которые обрекают должника не поддававшиеся предвидению при заключении договора изменившиеся экономические обстоятельства.

Уместно в связи с этим обратить внимание на то, что совсем в ином контексте прозвучали в *Бразилии* изменения, внесенные в Гражданский кодекс 2002 г., которые также коснулись внешнего вмешательства в содержание заключенного договора, но которые не оправдывались изменением обстоятельств, а порицались как подлежащие устранению либо минимизации ввиду нарушения свободы договора.

Эти изменения были вызваны Законом 13.874/19 «Об экономической свободе», принятым в 2019 г. Изменения объяснялись необходимостью обновления и модернизации положений Гражданского кодекса 2002 г. Первая группа изменений коснулась не договоров, а правового положения юридических лиц. Совокупность таких изме-

¹ Так, К.И. Скловский отметил, что ст. 1195 ГК Франции дает право суду привести условия договора в соответствие с рыночными при непредвиденном изменении обстоятельств, которое сделало исполнение невыгодным для одной из сторон (см. подробнее: *Скловский К.И.* Проблемы применения нормы ст. 451 ГК РФ: валютная оговорка и баланс интересов сторон договора // *Вестник экономического правосудия Российской Федерации.* 2016. № 7. – СПС «КонсультантПлюс»).

нений обозначена в нем термином, дословно означающим «пренебрежение юридической личностью» (*desconsideração da personalidade jurídica*), однако по сути указывающим на уменьшение имущественной обособленности юридических лиц. Он употреблен в том же значении, что и используемый в англоязычной литературе термин *piercing the corporate veil*. Закон 13.874/19 предусмотрел распространение юридической ответственности по долгам юридического лица (акционерного общества) на его директоров либо участников, прямо или косвенно извлекавших выгоду из злоупотребления своими правами по ведению дел общества. Тем самым Закон осуществил своеобразную делимитацию между акционерами, выступающими простыми вкладчиками капитала в общество, и руководителями общества, злоупотребляющими своими полномочиями к собственной выгоде.

Однако гораздо большее внимание в Бразилии вызвала другая группа изменений – существенные изменения основополагающих положений Гражданского кодекса 2002 г. о договорных обязательствах.

Законодатель объявил Закон об экономической свободе 2019 г. призванным обеспечивать минимальное, причем допускаемое лишь в исключительных случаях, вмешательство государства в экономическую деятельность. Он характеризуется комментаторами как правовая основа свободной предпринимательской инициативы, позволяющей вести экономическую деятельность независимо от разрешения со стороны органов публичной власти, за исключением случаев, указанных в Законе¹. Очевидным препятствием для предельного ограничения вмешательства публичной власти в свободу договора как средства организации и ведения предпринимательской деятельности разработчики Закона 13.874/19 считали ст. 421 ГК Бразилии 2002 г., которая подчиняла договоры принципу социальной функции (*funcao social do contrato*). Принцип допускал внесение судебным решением изменений в заключенный договор по иску лица, доказавшего противоречие исполнения этому принципу и требующего на этом основании внесения соответствующих изменений в его содержание². Критики принципа социальной функции указывали в числе прочих замечаний на то,

¹ *Coelho F.U.* Uma lei oportuna e necessária // *Liberdade econômica: Coletania de artigos jurídicos* / Organizador: Jerônimo Goergen. 2019. P. 24–33.

² *Rusakova E.P., Frolova E.E., Kleandrov M.I., Kupchina E.V.* The Implementation of Conciliation Procedures in the Civil Process: The Experience OF Russia and Brazil // 5th International Conference on Advances in Education and Social Sciences. Abstracts & Proceedings of ADVED 2019 – 5th International Conference on Advances in Education and Social Sciences. 2019. P. 278–284.

что в Гражданском кодексе 2002 г. отсутствует разграничение между гражданскими и торговыми договорами, что подчинение их единому порядку регулирования не учитывает особенностей предпринимательской деятельности и специфики договоров, заключаемых между предпринимателями¹. Подчеркивалось также, что правила толкования условий предпринимательских договоров должны определять сами их участники, а не третьи лица, оценивающие их под углом зрения возможных социальных функций. То же самое отмечалось и касательно порядка отмены либо пересмотра условий договора. Высказывалось также мнение о том, что «мантры о преобладании публичного интереса над частным не выдерживают сравнения с действительностью»².

Статья 421 Гражданского кодекса была изменена Законом «Об экономической свободе». Изменение не отменило принцип социальной функции вообще, однако дополнило статью параграфом о том, что в договорах между частными лицами должен преобладать принцип наименьшего вмешательства в их содержание, а пересмотр условий договора в принципе может осуществляться лишь в порядке исключения.

Совокупность изменений в Гражданский кодекс Бразилии, внесенных этим Законом, и прежде всего в ст. 421, как и вся декларация свободы экономики, утвержденная одноименным законом, оценивается положительно многими правоведами. С энтузиазмом оценивается и влияние этих актов на перспективы дальнейшего экономического развития страны³.

Краткие замечания заключительного характера

К числу важнейших изменений, внесенных в обязательственное право Германии, германская доктрина относит те, которые касаются исковой давности. Важно и то, что в рамках единого состава (нарушение обязанности) объединены нормы, касающиеся нарушения договора. При этом в германской доктрине регламентация, установленная в ходе модернизации обязательственного права, считается динамичной, т.е. способной и пригодной к изменениям как в силу изменяю-

¹ *Rusakova E.P., Frolova E.E., Kleandrov M.I., Kupchina E.V.* Op. cit. P. 278–284.

² *Guimarães B.S.* Abuso do «poder regulador» (o que è e como se controla) // *Liberdade econômica: Coletania de artigos jurídicos.* P. 68–85.

³ *Rovai A.L., Nogueira Salles Júnior P.S.* Expectativas de desenvolvimento e crescimento sustentável. Declaração de direitos de Liberdade econômica no Brazil // *Liberdade econômica: Coletania de artigos jurídicos.* P. 132–139.

щихся реалий, так и в силу научного развития правовых институтов¹. Судебная практика и научные юридические круги воспринимаются законодателем как источник стимулов для совершенствования правового регулирования обязательственных отношений.

В ходе реформы обязательственного права во Франции были учтены в качестве новелл многие нормы, выработанные судебной практикой, хотя были в их числе и такие, которые не вытекали из нее, а были направлены на ее преодоление (*caducite*), демонстрируя тем самым учет французским законодателем решения этого вопроса в иных правопорядках². Значение проведенной реформы характеризуется и стремлением к поддержанию хорошо известного репутационного капитала, которым обладают французская цивилистическая доктрина и нормотворчество.

Ощущается и способность либо резистентность континентальных правопорядков к восприятию конструкций или подходов, применяемых в странах *common law*³. Успешность такого восприятия зависит, видимо, от гармоничности их встраивания в иносистемное окружение.

Гражданский кодекс Бразилии 2002 г. проектировался как консолидированный законодательный акт, устремленный в будущее. В целях исключения необходимости внесения в него обширных и частых изменений проектанты во главе с профессором Мигелем Реале заложили в него ряд концептуально значимых положений, радикально отличающихся от предшествующей практики бразильского нормотворчества, таких как «открытые нормы» (*normas abertas*), «общие клаузулы» (*clausulas gerais*), «нормы с неопределенным содержанием» и др. Социальные императивы продолжают составлять элементы его содержания и, вероятно, сохранят свое значение параллельно тем изменениям, которые отвечают предпринимаемой либерализации бразильской экономики.

¹ См.: Вебер Х. Модернизация обязательственного права Германии (2002) и ее влияние на законодательство о кредитовании и об обеспечении кредитов // Банковское право. 2010. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

² См.: Нам К.В. Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики. М., 2019.

³ См.: Синицын С.А. Договор: новые грани правового регулирования и вопросы понимания // Журнал российского права. 2019. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

IV. ОПЕКА И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВО. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

*Заблоцкис Елена Юрьевна,
юрист РБОО «Центр лечебной педагогики»*

Опека и попечительство над недееспособными и ограниченно дееспособными — ожидания законодательных изменений

Проблемы организации опеки над совершеннолетними гражданами¹. Современной гуманной альтернативой психоневрологическому интернату² (далее — интернат) выступают проекты сопровождаемого проживания для лиц с психическими расстройствами. Под ними понимается устройство жизни совершеннолетних лиц с психическими расстройствами с оказанием им поддержки в обычных местах проживания. Это может быть дом в три этажа и три квартиры, расположенный в большом городе, коттедж в деревне или квартира в обычном многоквартирном доме.

В каждой квартире или доме живут 5–7 совершеннолетних людей, имеющих психические расстройства и нуждающихся в посторонней помощи. У каждого из них своя комната, объединяет пространство общая гостиная с кухней, у каждого свои бытовые обязанности-дежурства для обеспечения повседневных потребностей этой маленькой коммуны. Утром они, как и все, уходят из квартиры на работу или учебу. Это называют дневной занятостью: кто-то устроен на работу, кто-то идет в мастерские, специально созданные для таких людей, где работают и получают за это зарплату, кто-то в них учится работать

¹ В статье будет идти речь об опеке над недееспособными, но все, что будет описано, в равной мере относится к попечительству над лицами, ограниченными в дееспособности вследствие психического расстройства.

² Стационарная организация социального обслуживания, предназначенная для лиц, страдающих психическими расстройствами (ст. 41 Закона РФ от 2 июля 1992 г. № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании», далее — Закон о психиатрической помощи).

или проводит полезно досуг, кто-то идет в колледж, где обучается профессиональным навыкам. После работы они возвращаются домой, где продолжают жизнь в маленькой коммуне жизнью, похожей на жизнь семьи, — с общим хозяйством, поддержкой друг друга. В этом им помогают сотрудники организации, которые организовали проект сопровождаемого проживания. Кто-то из людей, о которых идет речь, может жить дома один, не нуждаясь в постоянной помощи, — достаточно помощи раз в день на один-два часа со стороны помогающих организаций.

Для того чтобы проекты сопровождаемого проживания продолжали существовать и развиваться, участвующий в них человек, признанный недееспособным, должен иметь опекуна. Обычно опекунами становятся родители, совершеннолетние дети, другие близкие, достаточно хорошо знающие человека, которому нужен опекун. Значительную часть своей жизни семьи, в которых растут особенные дети, заботятся о своем непростом ребенке, потом — об уже непростом совершеннолетнем ребенке. Они вкладывают силы в то, чтобы ребенок жил жизнью обычного человека: учился, имел хобби, общался с друзьями, умел о себе позаботиться, вести свои дела, работал. Часть этих людей к совершеннолетию, а некоторые и раньше признаются недееспособными. Все семьи, в которых есть человек с психическим расстройством, задают один и тот же вопрос: «Что будет дальше, когда нас — родителей не станет?»

После того, как близкие не могут более заботиться о подопечном, найти человека, который возьмет полную заботу о недееспособном на себя, становится крайне сложной и зачастую невыполнимой задачей. Полная забота может включать постоянный уход за немощным и постоянное наблюдение (присмотр) за человеком, который дезориентирован, не может контролировать свое поведение, обеспечение медицинской помощи, ведение всех дел недееспособного, включая заботу о его жилье, уплату налогов, исполнение его обязательств. В отдельных регионах выплачивается вознаграждение опекунам недееспособных граждан, и это хороший стимул, так как опекун может оказаться в сложной материальной ситуации в связи с тем, что из-за осуществления ухода за подопечным не сможет работать.

Если недееспособному, живущему дома в семье или включенному в проект сопровождаемого проживания, не назначен опекун-гражданин, орган опеки и попечительства устраивает его в интернат. В случае если опекун у недееспособного имеется, но более не может обеспечивать повседневный уход за недееспособным (в силу возраста

или состояния здоровья, необходимости работать) и устраивает подопечного в интернат (потому что это единственный доступный способ организации ухода за ним – проекты сопровождаемого проживания пока единичны), такой опекун по общему правилу освобождается от своих обязанностей даже в том случае, если это родитель, всю жизнь заботившийся о своем уже совершеннолетнем ребенке (п. 4 ст. 35, п. 1 ст. 39 ГК РФ).

Итак, в нынешней правовой ситуации выбор невелик: нашелся опекун-гражданин – недееспособный останется дома или будет участвовать в проекте сопровождаемого проживания, не нашелся – будет помещен в интернат. Обязанность органа опеки и попечительства временно осуществлять опеку в случае, если недееспособный оказался без опекуна и не желает жить в интернате (п. 1 ст. 35 ГК РФ; ч. 3 ст. 11 Федерального закона от 24 апреля 2008 г. № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве», далее – Закон об опеке и попечительстве), не подкреплена какими-либо механизмами ее осуществления. Эта обязанность предусмотрена для временной ситуации – предполагается, что ситуация изменится, и не осуществляется в отношении недееспособных, желающих всю жизнь проживать дома или в коммуналке сопровождаемого проживания. В результате человек оказывается в интернате.

Гражданский кодекс предусматривает, что обязанности опекуна в отношении недееспособного по общему правилу исполняет интернат (п. 4 ст. 35, п. 1 ст. 39). Имеется оговорка, согласно которой ранее назначенный опекун может сохранить свои обязанности в случае, если это не противоречит интересам недееспособного, но эта норма не имеет однозначной трактовки и повсеместного применения: в отдельных регионах органы опеки и попечительства сохраняют опекунские обязанности за ранее назначенным опекуном в исключительных случаях, в других регионах такая правовая возможность не используется. В итоге оказавшийся в интернате недееспособный не может иметь другого представителя своих интересов, кроме интерната, а близкие, которые хотят и могут представлять его интересы и защищать его права, в большинстве случаев теряют правовые возможности для этого.

Действующие гражданско-правовые нормы построены на тезисе: представительство недееспособного в отношениях с третьими лицами не может быть отделено от организации ухода за ним. Нам досталась возникшая в прошлом веке простая безальтернативная система заботы о людях, нуждающихся из-за психического расстройства в посторонней помощи и представительстве. Государственные интернаты рассматриваются как система помощи, в которой минимизированы разные

риски. У интерната гарантированное стабильное государственное финансирование, которое не имеет прямой зависимости от доходов людей, проживающих в нем. Недееспособному в интернате обеспечена безопасность от рисков общества — подопечные там фактически заперты. Интернат обеспечивает основные виды помощи: уход, медицинскую помощь, защиту прав и законных интересов, представительство. Вся помощь сконцентрирована в одном месте — достаточно закрытом, которое не выбирается проживающим, он туда попадает по распределению, вынужденно. При этом отсутствует риск того, что интернат прекратит свою деятельность. Это может быть только взвешенное государственное решение с устройством проживающих в другие интернаты.

В отличие от недееспособных, проживающих в интернате, недееспособные участники проектов сопровождаемого проживания по общему правилу не находятся под надзором организации, которая реализует проект. Они не проживают в организации, а только получают услуги, проживая в выбранном ими самими жилье. Жилье, в котором реализуется такой проект, может находиться в разных правовых режимах: в собственности проживающих или проживающего, использоваться проживающими по договору жилищного найма или безвозмездного пользования, может принадлежать организации, которая реализует проект сопровождаемого проживания, или посторонней организации, предоставившей жилье проживающим на том или ином законном основании. Организации, реализующие проекты, не являясь интернатами, не могут исполнять обязанности опекуна в силу закона. Формально помощь участникам проекта подпадает под категорию «предоставление социальных услуг на дому» в соответствии с законодательством о социальном обслуживании граждан.

Оговоримся, что некоторые проекты могли бы быть рассмотрены как помещение под надзор организации — в том случае, если жилые помещения для проживания предоставляются этой организацией при условии получения проживающими ее же услуг по уходу и сопровождению.

Для развития системы сопровождаемого проживания крайне важно законодательно решить назревшие вопросы осуществления опеки. Каждый недееспособный должен находиться под опекой. На настоящий момент человек, включенный в проект сопровождаемого проживания, как и любой другой недееспособный, не желает изменения своей жизни и оказаться в интернате только на основании того, что он остался без опекуна.

Зарубежный опыт¹. В европейских странах наблюдаются разные тенденции развития опеки, многие обусловлены историческими особенностями отдельных стран. Интересны следующие правовые проблемы, которые значимы для законодательства стран Европы и которым в российском законодательстве не уделено достаточного внимания:

- 1) степень участия гражданина, нуждающегося в опеке, его семьи и других близких в выборе и назначении опекуна;
- 2) предотвращение конфликта интересов опекуна и его подопечного;
- 3) осуществление опеки с наибольшим успехом.

Общей тенденцией является следование пожеланиям гражданина, нуждающегося в опеке, относительно кандидата в опекуны, в том числе нежеланию этого гражданина видеть опекуном конкретное лицо. Поддерживается идея того, что защита прав подопечного успешнее, если подопечный сам выбирает опекуна. Исключением является несоответствие выбранного лица интересам подопечного. Такие нормы найдем в законодательстве Великобритании, Германии, Франции, Швейцарии. Имеются положения, обязывающие учитывать мнение семьи гражданина, нуждающегося в опеке, и других близких ему людей (Франция Швейцария).

Применяются разные способы предотвращения конфликта интересов опекуна и подопечного, в том числе если они являются членами одной семьи. Например, в Германии, Чехии и Швейцарии не допускается исполнение обязанностей опекуна организацией, в которой проживают подопечные, а равно сотрудниками этой организации. Опеку осуществляют опекуны, несмотря на то что повседневную заботу о подопечном берет на себя организация, в которой он проживает. В случае, если не нашелся опекун — физическое лицо, предусмотрена возможность возложения обязанностей опекуна на организацию — объединение граждан, занимающихся опекунством на профессиональной основе. В отдельных странах имеются тенденции вытеснения приоритета семейной опеки. Это относится к ситуациям, в которых имеются сложные, конфликтные отношения в семье.

Предусматривается включение в осуществление опеки специальных органов частноправовой природы для одобрения наиболее значимых действий, контроля, разрешения конфликтных ситуаций. Например, во Франции это семейный совет, опекун-надзиратель, в Германии —

¹ См. подробнее: *Петурова Н.Н.* Современное состояние законодательства об опеке и попечительстве в Европе: сравнительно-правовой очерк. М., 2018.

контропекун, наблюдающий за осуществлением опекуном своих обязанностей и в случае необходимости замещающий его.

Достаточно разнообразны способы организации опеки в целях обеспечения более эффективного ее осуществления и соответствия интересам подопечного. Предусмотрена возможность назначения нескольких опекунов, как правило, в случаях, если одного опекуна недостаточно для защиты прав и законных интересов подопечного и дела подопечного таким образом можно вести с большим успехом. Опеку могут осуществлять несколько опекунов вместе с организацией (например, в Великобритании, Германии). Имеется такой подход, при котором выбранный гражданином, нуждающимся в опеке, кандидат в опекуны вправе принять на себя обязанности опекуна в той мере, в которой он может. Примером является Швейцария. Как вариант, родственник принимает защиту личных прав, а другой опекун — управление имуществом.

В законодательстве выделяются блоки обязанностей опекуна: защита личных прав и интересов (личное благо) и управление имуществом (имущественные вопросы), которые могут быть возложены на разных опекунов. Кроме того, предусматривается как распределение задач между опекунами, так и возложение на них совместного решения задач. Например, опекуны в определенных ситуациях могут действовать независимо друг от друга, а в других — только совместно. Примеры законодательного закрепления таких возможностей можно найти в Великобритании, Германии, Франции, Швейцарии.

Необходимо отметить особенность этих государств — достаточно высокие гарантии по оказанию повседневной помощи по уходу за недееспособными со стороны социальных служб (как государственных, так и негосударственных). Проблема повседневного ухода решается более вариативно и тем самым уход не ложится полностью на плечи опекуна.

Основные направления совершенствования организации опеки в России. Анализ запросов семей, заботящихся о недееспособных, самих недееспособных, организаций, помогающих им, и изучение тенденций развития законодательства других стран позволяют выделить следующие направления развития опеки над совершеннолетними гражданами.

1. Расширение участия гражданина, нуждающегося в опеке, его семьи и других близких в выборе и назначении опекуна. Вместо единственной нормы действующего ГК РФ об учете, если это возможно, желания подопечного относительно кандидатуры опекуна

(п. 3 ст. 35), целесообразно предусмотреть, что опекун должен назначаться по заявлению гражданина, нуждающегося в опеке, а в случае, если он не способен по состоянию здоровья подать заявление, — с учетом его мнения, устанавливаемого органом опеки и попечительства. У родителей, опекунов, организаций, которые добросовестно предоставляли услуги гражданину, должна появиться возможность подать в орган опеки и попечительства заявление с информацией о предпочтениях гражданина в отношении опекуна. Заявление гражданина, информацию от близких о его предпочтениях стоит сделать обязательными для применения органами опеки и попечительства. Опекуна необходимо назначать в соответствии с желанием подопечного, предусмотрев исключения — если выбор гражданина противоречит его интересам или кандидат не соответствует требованиям законодательства. Противоречие интересам недееспособного выявляется при оценке ситуации конкретного гражданина. Целесообразно установить приоритет кандидатуры опекуна, выбранного гражданином, нуждающимся в опеке, перед назначением иных опекунов, в том числе членов его семьи.

2. Предотвращение конфликта интересов опекуна и подопечного:

1) ограничение исполнения обязанностей опекуна организацией, в которую гражданин устроен для постоянного проживания (интернатом, больницей). Недееспособный, проживающий в такой организации вместе с не одной сотней таких же нуждающихся в помощи, находится в ситуации, когда исполнитель обязанностей его опекуна — интернат легко жертвует интересами одного недееспособного для обеспечения интересов всего интерната. Следует предусмотреть приоритет исполнения обязанностей опекуна гражданином, а не организацией, основной задачей которой является предоставление услуг по уходу;

2) введение возможности исполнения обязанностей опекуна несколькими лицами, в числе которых может быть организация или две организации. В соответствии с действующим законодательством совместное исполнение обязанностей по опеке допускается только опекунами-гражданами и в исключительных случаях. Целесообразно определить, что несколько опекунов назначается не только в исключительных случаях, а в тех случаях, когда нескольких опекунов выбрал сам недееспособный, или несколько лиц выразили желание исполнять обязанности опекуна (с согласия недееспособного). Условием исполнения обязанностей опекуна несколькими лицами должно являться достижение между ними согласия относительно того, как они будут осуществлять опеку.

Включение в осуществление опеки нескольких лиц делает отношения «опекун – подопечный» более открытыми, позволяет эффективно организовать исполнение обязанностей опекуна, не допускать конфликта интересов в этих отношениях и соответственно отвечает по общему правилу интересам подопечного.

3. Вариативность организации опеки в зависимости от обстоятельств конкретного подопечного в целях ее наилучшего осуществления:

1) по-прежнему основным способом осуществления опеки должно являться ее осуществление опекуном. Однако в случае, если опекун не нашелся и недееспособный желает проживать дома или в коммуналке сопровождаемого проживания, целесообразно дать возможность исполнять опекунские обязанности организации. Первыми такими организациями смогут стать те организации, которые оказывают помощь инвалидам с психическими расстройствами и их семьям, родительские ассоциации, учреждения церкви. Обязанность по осуществлению ухода они будут исполнять, организуя его силами специалистов на дому, в том числе своими силами, предоставляя соответствующие услуги. Организация-опекун сможет следить за качеством жизни подопечного, ухода за ним, осуществлять защиту его прав и законных интересов, управлять имуществом;

2) если имеется кандидат в опекуны, но он не может выполнять все обязанности опекуна (своя семья, дети, работа, пожилой возраст), он должен иметь возможность стать опекуном для осуществления опеки вместе с другим опекуном. Возможность стать другим опекуном – соопекуном должна иметь организация. Распределение обязанностей между опекунами или их совместное исполнение (когда все действия совершаются вместе) целесообразно поставить в зависимость от конкретных обстоятельств подопечного и опекунов.

Например, пожилая мама продолжает ухаживать за подопечным дома, обеспечивать едой и одеждой, следить за оказанием текущей медицинской помощи, а организация занимается всеми другими обязанностями: взаимодействует с социальными службами, организует обучение, трудовую деятельность, досуг недееспособного, при необходимости специализированную медицинскую помощь, занимается организацией реабилитации, получением инвалидности, технических средств реабилитации, разбирается с социальными выплатами и льготами, управляет имуществом. Может быть другой вариант. Недееспособный участвует в проекте сопровождаемого проживания, и опекун-организация занимается уходом, медицинской помощью,

организацией обучения, трудовой деятельности, досуга, а опекун-гражданин следит за качеством жизни подопечного, управляет его имуществом, занимается защитой его прав и законных интересов. Такая вариативность позволяет включать в осуществление опеки родных и близких недееспособного в той мере, в которой они могут.

Важно отметить еще один аспект. Многие семьи годами получают поддержку у определенных организаций. В результате эти организации хорошо знают семью, самого недееспособного. Семьи хотят, чтобы эти организации участвовали в опеке над недееспособным в той мере, в какой они могут это делать. Включение в осуществление опеки доверенных организаций, определенных семьями, является ожидаемым обществом благом;

3) устройство недееспособного в интернат не должно являться основанием для освобождения опекуна от его обязанностей, в том числе опекуна-организации. Кроме того, недееспособному, проживающему в интернате, который исполняет обязанности опекуна, в любой момент по желанию недееспособного должен быть назначен другой опекун, при том что недееспособный будет продолжать жить в интернате. Таким опекуном может быть гражданин или организация, но не интернат.

Во многих ситуациях удачным представляется исполнение обязанностей опекуна интернатом и гражданином или интернатом и другой организацией. Это позволит распределить обязанности опекуна в соответствии с обстоятельствами подопечного и опекунов. Такой вариант осуществления опеки создает правовую основу для реализации ряда прав и свобод недееспособного, проживающего в интернате, реализация которых в настоящее время существенно затруднена, — например, появится возможность периодически проводить время не в интернате. Ресурсов интерната на то, чтобы разнообразить жизнь подопечных, обеспечивая их право проводить досуг, обучаться, трудиться за пределами интерната, не хватает. Для руководителя интерната отпустить недееспособного за пределы интерната — это значит взять на себя полную ответственность за все, что может произойти с подопечным.

Интересны с этой точки зрения мотивировочные части принимаемых судебных актов по соответствующим спорам. В них указывается, что ни ГК РФ, ни Законом об опеке и попечительстве, ни Законом о психиатрической помощи не предусмотрена временная передача совершеннолетних недееспособных граждан, проживающих в учреждениях социального обслуживания, в семьи совершеннолетних граждан,

проживающих на территории Российской Федерации, «граждане, в семьи которых передаются недееспособные лица, не являются опекунами и не могут нести ответственность за принимаемых в семью недееспособных лиц»¹.

Назначение внешнего (по отношению к интернату) опекуна с частичными опекунскими обязанностями и полномочиями, прошедшего проверку органами опеки и попечительства и необходимую подготовку, несущего ответственность в соответствии с законодательством за то, как он исполняет свои обязанности, будет способствовать наилучшему осуществлению опеки в отсутствие возможности назначения внешнего опекуна, на которого был бы возложен полный объем опекунских обязанностей.

Родитель, будучи частичным опекуном, сможет забрать сына из интерната на праздники, представлять его в тех ситуациях, которые возникнут в то время, которое они проводят вместе, волонтерская организация или волонтер смогут беспрепятственно заниматься организацией его обучения, в том числе профессионального, досуга, отдыха, работы, разрешать возникающие ситуации, представляя подопечного. Многие проживающие в интернате при должной подготовке смогут перейти в проект сопровождаемого проживания или даже к проживанию у себя дома, быть обычными членами нашего общества, перейти из статуса недееспособного в статус ограниченного в дееспособности или вовсе снять ограничения дееспособности. Те же, кто останется в интернатах, будут иметь другое качество жизни.

Указанные идеи нашли воплощение в проекте федерального закона № 879343-6 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях повышения гарантий реализации прав и свобод недееспособных и не полностью дееспособных граждан» (далее – законопроект). Он имеет трудную судьбу. В первом чтении он был принят в 2016 г. По нему Президентом РФ было дано три поручения².

¹ См. определение Верховного Суда РФ от 23 октября 2013г. № 7-АПГ13-7; решение Кировского районного суда г. Иркутска по гражданскому делу № 2-103/2019. URL: <https://sudact.ru/regular/doc/FvUBWNUqfJJ2/> (дата обращения: 07.05.2020).

² 1) 23 августа 2017 г. № Пр-1650 (абзац третий подп. «а» п. 2); доработать законопроект, в том числе в части, касающейся использования альтернативных (интернат-замещающих, внестационарных) моделей присмотра и ухода за недееспособными и не полностью дееспособными гражданами. Для исполнения этого поручения необходимо предусмотреть вариативность опеки: 1) возможность участия в опеке нескольких лиц как с равным, так и с неравным объемом полномочий и 2) возможность исполнения обязанностей опекуна организацией, которая не является интернатом (в нее подопечный не помещается под надзор). Без этих опций интернат-замещающие модели

Правительство РФ, которое долгое время поддерживало концепцию законопроекта¹, внезапно исключает часть краевых положений своими поправками. Совет при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства поддерживает концептуальные положения в своих первых заключениях и отказывается от их поддержки в дальнейшем². Неизменно поддерживает законопроект и выступает за сохранение его концептуальных положений Совет при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека³. Поддерживает его и Общественная палата РФ⁴. Общественные организации отчаянно борются за принятие законопроекта и сохранение его концептуальных положений.

по-прежнему останутся редким исключением, рассчитанным на ситуацию, когда удалось назначить опекуном физическое лицо; 2) 2 июля 2019 г. № Пр-1180 (подп. «а» п. 1) закрепить в законопроекте возможность назначения опекунами граждан, помещенных под надзор в организацию, их родственников и (или) иных лиц. Из буквального смысла этого поручения следует, что оно охватывает назначение внешним опекуном и физического лица, и организации, не являющейся интернатом, назначение нескольких внешних опекунов, а также возможность совместного осуществления внешним опекуном опекунских обязанностей вместе с интернатом; 3) 29 января 2020 г. № Пр-126 (подп. «а» п. 2) при участии Правительства РФ и Совета при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека подготовить законопроект к рассмотрению во втором чтении. При этом позиция Совета – сохранить все концептуальные идеи законопроекта (об этом будет сказано далее).

¹ См. официальный отзыв Правительства РФ от 24 февраля 2016 г. № 1146п-П12. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/879343-6>

² См. Экспертное заключение по проекту федерального закона № 879343-6 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях повышения гарантий реализации прав и свобод недееспособных и не полностью дееспособных граждан (принято на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 16 ноября 2015 г. № 147-2/2015); Экспертное заключение по поправкам Правительства Российской Федерации к проекту федерального закона № 879343-6 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях повышения гарантий реализации прав и свобод недееспособных и не полностью дееспособных граждан» (принято на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 9 января 2020 г. № 194-1/2020). – СПС «КонсультантПлюс».

³ Рекомендации 68-го специального (137-го) заседания, состоявшегося 24 июня 2019 г. на тему: «Соблюдение прав человека в стационарных социальных организациях психоневрологического профиля и создание альтернативных форм жизнеустройства граждан с психофизическими и ментальными нарушениями» URL: <http://president-sovet.ru/presscenter/news/read/5683/>; обращение Совета в Госдуму и Правительство РФ от 4 марта 2019 г. URL: <http://president-sovet.ru/presscenter/news/read/5310/>

⁴ Письмо Общественной палаты РФ от 27 ноября 2015 г. № 5ОП-2/2458. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/879343-6>

Дискуссия по основным проблемным вопросам. Многие концептуальные положения законопроекта, поддержанные при первом чтении Государственной Думой и другими участниками законодательного процесса, вызвали критику на этапе их редакционной доработки в ходе подготовки ко второму чтению.

1. Высказана точка зрения, согласно которой неприемлемо исполнение обязанностей опекуна организацией, в которой подопечный не проживает. Имеются в виду ситуации, когда подопечный проживает дома, в коммуналке сопровождаемого проживания или в интернате, а опекунские обязанности исполняет организация (не интернат). Это может быть организация, предоставляющая услуги по уходу за недееспособным или не предоставляющая такие услуги. Особенно острую отрицательную реакцию вызвала гипотетическая ситуация, когда организация исполняет обязанности опекуна недееспособного, проживающего в интернате.

В такой закостенелой системе отношений по опеке, сложившейся в нашей стране, сама идея того, что организация, в которой недееспособный проживает, осуществляющая уход за ним и оказывающая ему медицинскую помощь, может не быть его опекуном, вызывает недоумение и непонимание. Задаются вопросы о том, как интернат сможет осуществлять свою деятельность по уходу и оказанию медицинской помощи, не имея представительских полномочий, чем будет заниматься организация-опекун, если вся необходимая помощь оказывается интернатом, как можно исполнять обязанности опекуна, если ежедневное общение с подопечным осуществляет интернат, и указывается на отсутствие доказательств, что наличие внешнего опекуна является благом. Показательно, что вопросы, которые ставятся в отношении опекунов-организаций, не задаются в связи с аналогичной ситуацией осуществления опеки гражданином в отношении подопечного, проживающего в интернате, когда обязанности по представительству и защите прав и интересов подопечного исполняет гражданин, а интернат оказывает его подопечному услуги по уходу и медицинскую помощь.

Имеющиеся сейчас у интернатов полномочия представительства не дают возможности недееспособному добиться от интерната, исполняющего обязанности опекуна, консультации у врача-специалиста, выписать и купить очки, заполнить индивидуальную программу реабилитации инвалида в соответствии со своими потребностями. Об этих потребностях никто не может узнать, в том числе и посредством многочисленных проверок уполномоченных органов. Интернат в качестве

единственного лица, исполняющего обязанности опекуна, — наихудший вариант представительства и защиты прав и интересов недееспособного, получающего от интерната социальные услуги и медицинскую помощь. В силу конфликта в таком случае интересов представителя (исполнителя услуг) и представляемого (получателя услуг) права и интересы недееспособного не только не отстаиваются надлежаще, но нарушаются в первую очередь самим представителем.

Организации, волонтеры, которые годами работают в интернатах, помогают живущим в них, убеждены, что без уполномоченного внешнего представителя реальных изменений качества жизни недееспособных не будет. Это связано как с конфликтом интересов подопечного и его единственного опекуна в лице интерната, так и с ограниченностью ресурсов интерната по организации деятельности недееспособных за пределами его территории.

Отметим, что разработчики законопроекта отказались от полного запрета исполнять обязанности опекуна интернатами, как это сделано, например, в Германии и Швейцарии. Найти одномоментно внешних опекунов для всех недееспособных, проживающих в российских интернатах, невозможно. Предложено эволюционное развитие опеки с перспективой постепенного увеличения числа недееспособных в интернатах, которым назначается внешний опекун. Это дает возможность выстроить новые модели взаимоотношений, изучить опыт применения новых правовых возможностей.

Обоснованными можно признать опасения относительно критериев отбора организаций для исполнения обязанностей опекуна недееспособных, не проживающих в этих организациях, — проживающих дома, в коммуне сопровождаемого проживания или интернате. В законопроекте уделено внимание этому вопросу: спроектирован ряд требований к организациям, а также предусмотрено полномочие Правительства РФ устанавливать дополнительные требования.

Существенные для недееспособного риски — это присвоение организацией-опекуном его имущества, оставление недееспособного без помощи. Эти же риски имеются при осуществлении опеки гражданами. Какие механизмы защиты от этих рисков есть в действующем законодательстве?

Ежегодно опекуны сдают в орган опеки и попечительства отчет о хранении, об использовании имущества подопечного и управлении имуществом подопечного (ст. 25 Закона об опеке и попечительстве). Недвижимость недееспособного не может быть продана или иным образом использована без согласия органа опеки и попечи-

тельства (ст. 21 Закона об опеке и попечительстве). Ограничены основания для отчуждения недвижимости недееспособного (ст. 20 Закона об опеке и попечительстве). Переход права собственности регистрирующий орган не регистрирует в отсутствие разрешения органа опеки и попечительства – в реестре недвижимого имущества имеются сведения о недееспособности собственника. Таким образом защищается недвижимость недееспособного от возможных злоупотреблений опекуна.

У опекуна имеется беспрепятственный доступ к средствам, выплачиваемым на содержание подопечного (пенсия, алименты, выплаты возмещения вреда). Все иные средства на банковских счетах могут использоваться опекуном с предварительного разрешения органа опеки и попечительства. Банк не совершит операции в отсутствие этого разрешения.

Орган опеки и попечительства проверяет условия жизни недееспособного и исполнение обязанностей опекуном раз в полгода, в некоторых ситуациях – с другой периодичностью¹. При необходимости можно рассмотреть вопрос о частоте проверок осуществления опеки тех недееспособных, единственным опекуном которых является организация.

Было высказано опасение, что прекращение деятельности организации-опекуна повлечет необходимость устраивать большое количество недееспособных в интернаты. Такой риск есть. Но имеется другое решение: продолжение сопровождаемого проживания этих людей силами других организаций. Отметим, что второй опекун (гражданин или организация), если бы он был у недееспособного, мог бы в этой ситуации организовать повседневный уход другими способами.

Еще одно опасение – отсутствие у негосударственных организаций стабильного финансирования, вследствие чего нет уверенности в устойчивости их деятельности в качестве опекуна. Однако с этой точки зрения исполнение обязанностей опекуна гражданином более рискованное: гражданин может не только разориться, он и смертен, и подвержен болезням. Практика деятельности негосударственных организаций подтверждает, что они могут действовать постоянно, справляясь с ситуациями нестабильного финансирования, что такие организации могут стабильно существовать, некоторые в России отметили 30-летие. Русская православная церковь поддерживает законопроект, планирует системную заботу о проживающих в ин-

¹ См. Постановление Правительства РФ от 17 ноября 2010 г. № 927.

тернатах и о проживающих в приходах недееспособных в качестве их опекуна.

2. Действующий Закон об опеке и попечительстве предусматривает осуществление опеки несколькими опекунами-гражданами (ст. 10). Количество опекунов при этом не ограничивается, и не предъявляются требования к согласию опекунов относительно того, как они будут осуществлять опеку. Предусмотрено, что обязанности по уходу и обеспечению медицинской помощи могут быть распределены между опекунами актом органа опеки и попечительства. Если они не распределены, то опекуны несут солидарную ответственность за их исполнение. Полномочия по представительству и защите прав подопечного исполняются опекунами вместе, допускается выдача опекунами доверенности одному из них.

Целесообразность исполнения обязанностей опекуна гражданином и организацией или двумя организациями ставится под сомнение. Главное возражение состоит в сложности определения того, какой из опекунов и за что несет ответственность. Действующий институт исполнения обязанностей опекуна несколькими гражданами не вызывал до сих пор тех вопросов, которые задаются в связи с идеей развить совместную опеку: как определить, кто несет ответственность, как решать споры между опекунами, как третьи лица узнают, кто за что отвечает. Предполагается, что действующий закон содержит их регулирование. Уточним, что понятие «ответственность» участниками обсуждений толкуется по-разному: как обязанности либо как последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения этих обязанностей.

В законопроекте подход к определению обязанностей каждого из опекунов предлагается следующий. Желаящие исполнять обязанности опекуна должны договориться о том, как они будут исполнять эти обязанности. Формально договоренности должны быть закреплены в соглашении опекунов. Предусмотрено, что форма соглашения утверждается уполномоченным федеральным органом и содержит перечень всех обязанностей и полномочий опекуна, по которым должны быть достигнуты договоренности. Обязанности и полномочия могут быть распределены между опекунами, могут исполняться каждым опекуном самостоятельно или опекунами вместе. Тем самым предлагается широкая вариативность организации опеки в соответствии с обстоятельствами подопечного и опекунов. В рамках соглашения опекунам предоставлено право определить опекуна-координатора. Это еще одна возможность в духе тенденций зарубежного законодательства.

Соглашение проверяется органом опеки и попечительства на предмет соответствия законодательству и интересам подопечного и должно быть утверждено этим органом. Сведения о том, каким образом опекуны исполняют обязанности и полномочия, включаются в акт органа опеки о назначении опекунов, который подтверждает статус и полномочия опекуна. В случае, если опекуны не достигли соглашения о том, каким образом они будут осуществлять опеку, орган опеки и попечительства отказывает им в совместном осуществлении опеки.

Акт органа опеки и попечительства обязателен для предъявления во всех случаях представительства недееспособного. Третье лицо может узнать из этого документа, что у подопечного несколько опекунов, что конкретный опекун может самостоятельно совершать определенные действия по представительству или может их совершать только вместе с другим опекуном, какой из опекунов отвечает за повседневный уход и выполняет другие обязанности. Третье лицо вправе просить подтверждения полномочий на конкретные сделку или действие.

Что касается ответственности за вред, причиненный подопечному, то законопроект предусматривает солидарную ответственность опекунов, за исключением случаев, когда опекун докажет отсутствие своей вины. При таком подходе недееспособный освобождается от доказывания вины конкретного опекуна: он предъявляет претензии ко всем опекунам, а те должны доказывать отсутствие своей вины. Такой механизм отвечает интересам подопечного.

Оппоненты нововведений предлагают развивать привлечение опекуном к осуществлению опеки других лиц на основании выдаваемой им доверенности. Но у опекунов (как граждан, так и интернатов) потребность в другом: должен появиться назначенный уполномоченным органом, проверенный этим органом, несущий за свои действия ответственность перед подопечным и государством соопекун.

3. Центральная роль в сфере опеки и попечительства принадлежит органам опеки и попечительства. В процессе разработки законопроекта обратили на себя внимание давние проблемы организации деятельности этих органов. На их сотрудниках лежит ответственность за решения, которые сказываются на судьбах людей. Органы опеки и попечительства нуждаются в изменениях так же, как их ждут недееспособные, семьи, помогающие организации.

О защите прав и интересов лиц, в том числе не обладающих полной дееспособностью, при оказании психиатрической помощи

Надлежащая защита прав и интересов лиц, признанных недееспособными, ограниченными в дееспособности, лиц, не достигших совершеннолетия, которые испытывают трудности в реализации своих прав и защите своих интересов вследствие психического расстройства, невозможна без внедрения современных подходов к регулированию опеки и попечительства, порядка выявления и учета воли, мнения и предпочтений указанных лиц, оказания им психиатрической помощи, механизмов контроля на предмет возможных злоупотреблений. Сфера гражданско-правового регулирования и сфера защиты прав лиц с ментальными нарушениями неразрывно связаны между собой.

Закон РФ от 2 июля 1992 г. № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» (далее — Закон о психиатрической помощи, Закон) в момент его принятия был важным шагом вперед в вопросе защиты общепризнанных прав и свобод человека, преодоления наследия периода «карательной психиатрии». В целом Закон до сих пор сохраняет свою актуальность и не претерпел значительных изменений. В то же время правоприменительная практика выявила ряд норм, которые сформулированы недостаточно определенно и порождают проблемы правоприменения и истолкования. Далее будет рассмотрено несколько вопросов, регулирование которых нуждается в изменении.

1. Применение мер физического стеснения и изоляции.

В настоящий момент вопросы применения мер физического стеснения регулируются ст. 30 Закона о психиатрической помощи, согласно которой «меры физического стеснения и изоляции при недобровольной госпитализации и пребывании в медицинской организации, оказывающей психиатрическую помощь в стационарных условиях, применяются только в тех случаях, формах и на тот период времени, когда, по мнению врача-психиатра, иными методами невозможно предотвратить действия госпитализированного лица, представляющие

непосредственную опасность для него или других лиц, и осуществляются при постоянном контроле медицинских работников. О формах и времени применения мер физического стеснения или изоляции делается запись в медицинской документации».

Формулировка содержит некоторую неопределенность, поскольку слово «недобровольная» может быть отнесено и только к слову «госпитализация», и к словам «госпитализация и пребывание» одновременно. В первом случае норму следует толковать как допускающую применение мер физического стеснения, с одной стороны, к гражданам непосредственно в момент недобровольного помещения («госпитализации») в стационар, а с другой стороны, к гражданам, которые «пребывают» в психиатрическом стационаре независимо от оснований, по которым они туда помещены.

Однако если предположить, что законодатель имел целью придать норме последний смысл, то слово «недобровольный» в этом случае выглядит избыточным, ведь если меры физического стеснения допускаются при пребывании пациента в медицинской организации в добровольном порядке (а значит, и в момент госпитализации, поскольку «пребывание» начинается с госпитализации и заканчивается выпиской — см. ст. 28, 40 Закона), то тем более они допускаются в случае недобровольной госпитализации и пребывания пациента в медицинской организации недобровольно. Поэтому следует остановиться на той точке зрения, согласно которой по буквальному смыслу рассматриваемой нормы меры физического стеснения могут применяться только в отношении тех пациентов, которые госпитализированы в психиатрический стационар в недобровольном порядке и пребывают в нем без своего согласия. Указанная точка зрения считается общепринятой в литературе¹.

Необходимо отметить, что такой подход к регулированию вопросов физического стеснения не является единственно возможным. Например, законы Республики Беларусь² и Украины³ предусматривают

¹ См.: Ржевская И.К., Руженков В.А. Законодательство о применении мер физического стеснения при оказании психиатрической помощи // Научные ведомости Белгородского государственного университета. Серия: Медицина. Фармация. 2014. № 24 (195). Вып. 28.

² Закон Республики Беларусь от 7 января 2012 г. № 349-З «Об оказании психиатрической помощи» // Законодательство Беларуси [Электронный ресурс]. URL: <http://pravo.newsby.org/belarus/zakon0/z168.htm>

³ Закон Украины от 22 февраля 2000 г. № 1489-III «О психиатрической помощи» // Гражданская комиссия по правам человека Украины [Электронный ресурс]. URL: <http://cchr.org.ua/zakon-ukrainyi/>

сходную с Россией модель регулирования оказания психиатрической помощи, в том числе добровольной и недобровольной госпитализации в психиатрический стационар, однако прямо допускают применение мер физического стеснения по отношению к пациентам, которые находятся в них добровольно.

Поскольку условием применения мер стеснения должно являться вынесение судебного постановления о недобровольной госпитализации, возникает вопрос о положении малолетних пациентов и пациентов, лишенных дееспособности и неспособных по своему психическому состоянию дать согласие на госпитализацию либо отказаться от нее. Такие пациенты госпитализируются, как правило, по заявлению (с согласия) их законных представителей и судебное постановление в их отношении не принимается. Следовательно, применение мер физического стеснения в их отношении является незаконным, а если такая необходимость возникает, медицинская организация вынуждена ставить вопрос об их недобровольной госпитализации в судебном порядке.

Хотя госпитализация таких пациентов в недобровольном порядке в принципе практикуется, возможно возникновение правовой коллизии. Ведь необходимость в применении мер физического стеснения может возникнуть в ситуации, когда основания для недобровольной госпитализации, предусмотренные ст. 29 Закона о психиатрической помощи, отсутствуют. В этом случае правоприменитель, в первую очередь суд, встанет перед нелегким выбором: либо он будет вынужден крайне расширительно толковать понятия «неспособность самостоятельно удовлетворять основные жизненные потребности» и «существенный вред здоровью вследствие ухудшения психического состояния, если лицо будет оставлено без психиатрической помощи», которые использованы законодателем в качестве оснований принудительной госпитализации в психиатрический стационар, либо, при отсутствии оснований для недобровольной госпитализации и невозможности оказания психиатрической помощи без применения мер физического стеснения, лицо будет оставлено без психиатрической помощи, хотя его законные представители и были бы на это согласны. В последнем случае право лица на оказание своевременной психиатрической помощи может серьезно пострадать.

Часть 4.1 ст. 28 Закона, казалось бы, указывает на судебный порядок госпитализации недееспособных граждан, неспособных по своему состоянию дать согласие на медицинское вмешательство, однако она не устанавливает каких-либо дополнительных к ст. 29 оснований

для такой госпитализации и отсылает к ст. 33, которая в ч. 2 говорит о «предусмотренных законом основаниях для госпитализации», т.е. об основаниях, предусмотренных в ст. 29. Таким образом, суд все равно оказывается в трудной ситуации, если лицо, неспособное дать согласие, нуждается в стационарной помощи, однако основания для недобровольной госпитализации отсутствуют.

В связи с этим необходимо обратиться к вопросу о возможности применения мер физического стеснения по отношению к пациенту, госпитализированному добровольно или с согласия его законных представителей. Некоторые авторы¹ считают это допустимым, рассматривая меры физического стеснения как вид медицинского вмешательства и распространяя на них соответствующее правовое регулирование, в том числе положение о добровольном информированном согласии.

Полагаем, что с указанной точкой зрения согласиться нельзя.

Во-первых, сам законодатель разделил нормы о согласии на медицинское вмешательство (ст. 11 Закона) и нормы о мерах физического стеснения (ст. 30 Закона). Статья 30 озаглавлена «Меры обеспечения безопасности при оказании психиатрической помощи», следовательно, меры физического стеснения относятся к мерам безопасности (что раскрывается в тексте самой статьи, согласно которой задача мер физического стеснения — это предотвращение непосредственной опасности для пациента или других лиц). Медицинское же вмешательство согласно ст. 2 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее — Закон об основах охраны здоровья) является действием, имеющим профилактическую, исследовательскую, диагностическую, лечебную или реабилитационную направленность.

Скорее, в данном случае более уместно провести аналогию между мерами физического стеснения и применением физической силы, специальных средств и огнестрельного оружия сотрудниками полиции, которые применяются с учетом характера и степени опасности действий соответствующих лиц². Указанные меры также носят вынужденный характер и по своей природе применяются в целях безопасности без предварительного судебного или иного контроля, по усмотрению соответствующего лица (в одном случае — лечащего врача, в другом — сотрудника полиции).

¹ См., например: *Аргунова Ю.Н.* Права граждан при оказании психиатрической помощи (Вопросы и ответы). М., 2014.

² См. ст. 19 Федерального закона от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции».

Во-вторых, сама природа мер физического стеснения и изоляции предполагает, что в данный момент они осуществляются против воли (без согласия) пациента, в то время как добровольное согласие на медицинское вмешательство по своему смыслу может быть отозвано пациентом в любой момент. В противном случае во многом бы обесценивалось право пациента на отказ от продолжения лечения (ст. 12 Закона о психиатрической помощи). Вряд ли можно признать допустимым и имеющим правовое значение такое согласие на медицинское вмешательство, которое бы предусматривало отказ от права требовать его прекращения в будущем.

Таким образом, надо признать, что необходимым условием применения мер физического стеснения законодатель полагает принятие решения о недобровольной госпитализации пациента, включая малолетнего или недееспособного и неспособного выразить свою волю в установленном законом порядке.

Другим вопросом, постоянно возникающим в связи с применением мер физического стеснения, является вопрос об их применении в отношении лиц, проживающих в организациях стационарного социального обслуживания для лиц с психическими расстройствами, — как детей, проживающих в детских домах-интернатах для инвалидов и аналогичных организациях (далее — ДДИ), так и взрослых, проживающих в психоневрологических интернатах и аналогичных организациях (далее — ПНИ). Анализ имеющейся практики¹ показывает, что меры физического стеснения либо аналогичные действия достаточно широко применяются в указанных организациях, в связи с чем возникает вопрос об их допустимости и правовом регулировании.

Прежде всего следует рассмотреть вопрос о возможности распространения правового регулирования порядка оказания психиатрической помощи, установленного Законом о психиатрической помощи, на лиц, проживающих в ДДИ и ПНИ.

В соответствии со ст. 43 Закона о психиатрической помощи лица, проживающие в стационарных организациях социального обслуживания, предназначенных для лиц, страдающих психическими расстройст-

¹ Сведения о подопечных ПНИ, привязанных цепями, проверяют следователи // МИЛОСЕРДИЕ.RU [Электронный ресурс]. URL: <https://www.miloserdie.ru/news/svedeniya-o-podoprechnyh-pni-prikovannyh-tsepyami-proveryat-sledovately/>; Report to the Russian Government on the visit to the Russian Federation carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 19 to 29 October 2018. // Council of Europe [Электронный ресурс]. URL: <https://rm.coe.int/168097e387>

вами, пользуются правами, предусмотренными ст. 37 Закона. При этом обязанности стационарной организации социального обслуживания, предназначенной для лиц, страдающих психическими расстройствами, по созданию условий для реализации прав лиц, проживающих в ней, устанавливаются ст. 39 Закона, а также законодательством о социальном обслуживании.

По буквальному смыслу ст. 43 Закона правовое положение лиц, проживающих в ДДИ и ПНИ, не является полностью аналогичным положению пациента психиатрического стационара (в противном случае законодатель сделал бы общую отсылку к правовому регулированию, установленному Законом о психиатрической помощи, а не перечислял бы конкретные нормы, подлежащие применению в данном случае). Лица, проживающие в ДДИ и ПНИ, пользуются правами, предусмотренными ст. 37 Закона, но на них не распространяется порядок ограничения этих прав, предусмотренный той же статьей. Аналогично на соответствующие организации возлагаются обязанности психиатрических стационаров, предусмотренные ст. 39 Закона, но на них не распространяется вся полнота регулирования деятельности таких медицинских организаций.

Такой подход соответствует системному пониманию норм законодательства. Пребывание в психиатрическом стационаре всегда носит временный характер, связано с необходимостью получения стационарной психиатрической помощи (т.е. происходит в ситуации недостаточности или неэффективности амбулаторной психиатрической помощи), причем в отдельных случаях допускается и в недобровольном порядке. Напротив, пребывание в ДДИ и ПНИ согласно ст. 4, 19 Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 442-ФЗ «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации» (далее — Закон об основах социального обслуживания) всегда носит добровольный характер, обусловлено не нуждаемостью в медицинской помощи, а нуждаемостью в социальном обслуживании и может быть постоянным. Следовательно, те ограничения прав и свобод граждан, включая и меры физического стеснения, которые могут быть допустимы и необходимы при нахождении в психиатрическом стационаре, не могут безоговорочно распространяться на стационарные организации социального обслуживания.

Поскольку законодательство не содержит прямого указания о распространении действия ст. 30 Закона о психиатрической помощи на граждан, проживающих в стационарных организациях социального обслуживания, следует признать, что применение по отношению к гра-

жданам, проживающим в ПНИ и ДДИ, мер физического стеснения и изоляции на основании ст. 30 Закона или по аналогии законодательством не допускается.

Второй вопрос, подлежащий в связи с этим рассмотрению, состоит в том, могут ли ДДИ и ПНИ рассматриваться (во всяком случае, в отдельных ситуациях) как медицинские организации, оказывающие психиатрическую помощь в стационарных условиях.

Как уже отмечалось, Закон о психиатрической помощи предусматривает применение мер физического стеснения и изоляции исключительно в медицинской организации, оказывающей психиатрическую помощь в стационарных условиях. Статья 2 Закона об основах охраны здоровья различает медицинские организации и иные организации, осуществляющие медицинскую деятельность, при этом критерием отнесения к медицинским организациям является указание в учредительных документах медицинской деятельности в качестве основного вида деятельности.

Согласно ст. 18 Закона о психиатрической помощи стационарные организации социального обслуживания, предназначенные для лиц, страдающих психическими расстройствами, отнесены к организациям, оказывающим психиатрическую помощь. При этом согласно той же норме психиатрическая помощь оказывается при наличии лицензии на осуществление медицинской деятельности.

Требования к организации и выполнению работ (услуг), составляющих медицинскую деятельность, установленные для целей лицензирования¹, различают оказание специализированной медико-санитарной помощи по психиатрии в амбулаторных условиях, условиях дневного стационара и стационарных условиях. При этом условия осуществления медицинской деятельности отражаются в лицензии.

Следовательно, под медицинской организацией, оказывающей психиатрическую помощь в стационарных условиях, может пониматься только организация, осуществляющая медицинскую деятель-

¹ Приказ Минздрава России от 11 марта 2013 г. № 121н «Об утверждении требований к организации и выполнению работ (услуг) при оказании первичной медико-санитарной, специализированной (в том числе высокотехнологичной), скорой (в том числе скорой специализированной), паллиативной медицинской помощи, оказании медицинской помощи при санаторно-курортном лечении, при проведении медицинских экспертиз, медицинских осмотров, медицинских освидетельствований и санитарно-противоэпидемических (профилактических) мероприятий в рамках оказания медицинской помощи, при трансплантации (пересадке) органов и (или) тканей, обращении донорской крови и (или) ее компонентов в медицинских целях».

ность в качестве основного вида деятельности и имеющая лицензию на оказание специализированной медицинской помощи по психиатрии (психиатрии – наркологии) в стационарных условиях.

На практике подавляющее большинство ДДИ и ПНИ имеют лицензию на оказание специализированной медицинской помощи по психиатрии (психиатрии – наркологии), однако условия оказания этой помощи в лицензии в отдельных случаях определены как амбулаторные, а в других – как стационарные. При этом основным видом деятельности стационарных организаций социального обслуживания является оказание социальных услуг¹, следовательно, даже при наличии лицензии на оказание специализированной медицинской помощи по психиатрии (психиатрии – наркологии) в стационарных условиях, ДДИ и ПНИ должны рассматриваться не как медицинские организации, а как иные организации, осуществляющие медицинскую деятельность (в том числе оказывающие психиатрическую помощь). Аналогичная позиция разделяется Верховным Судом РФ².

Следовательно, нет оснований рассматривать проживающих в этих организациях граждан как госпитализированных в медицинскую организацию, оказывающую психиатрическую помощь в стационарных условиях, по смыслу Закона о психиатрической помощи.

Если ПНИ или ДДИ и оказывает психиатрическую помощь в стационарных условиях, эта помощь может оказываться лишь тем получателям социальных услуг, в отношении которых имеются основания для госпитализации в психиатрический стационар, предусмотренные в ст. 28 Закона о психиатрической помощи. Эти основания, как правило, отсутствуют в отношении лица, признанного нуждающимся в стационарном социальном обслуживании по основаниям, указанным в ст. 15 Закона об основах социального обслуживания.

На практике администрация ДДИ и ПНИ не проводит никакого различия между теми из получателей услуг, кто нуждается в госпитализации в психиатрический стационар, и остальными. Такое положение вряд ли можно признать правильным. Полагаем, что в случае, если администрация ДДИ или ПНИ приходит к выводу, что кто-либо из получателей услуг имеет показания для получения психиатрической помощи в стационарных условиях, необходимо документальное офор-

¹ Приказ Минтруда России от 24 ноября 2014 г. № 940н «Об утверждении Правил организации деятельности организаций социального обслуживания, их структурных подразделений»

² См. определение Верховного Суда РФ от 27 января 2020 г. № 305-ЭС19-25615. URL: <http://kad.arbitr.ru/>

мление принятого решения в соответствии с требованиями Закона о психиатрической помощи, после чего на отношения такого лица и администрации организации в полной мере распространяется правовое регулирование, предусмотренное названным Законом, вплоть до момента «выписки», т.е. прекращения оказания психиатрической помощи в стационарных условиях, в соответствии со ст. 40 Закона. Поскольку соблюдение стандартов стационарной психиатрической помощи требует определенных условий, целесообразно выделение отдельных палат (отделений) с больничным режимом для лиц, нуждающихся в такой помощи.

При этом оказание психиатрической помощи в стационарных условиях в ПНИ или ДДИ возможно только в добровольном порядке, поскольку положения о госпитализации в недобровольном порядке ст. 29 Закона о психиатрической помощи относятся лишь к медицинским организациям, но не к иным организациям, оказывающим психиатрическую помощь.

С учетом всего сказанного следует сделать вывод, что применение мер физического стеснения в отношении лиц, находящихся в ДДИ и ПНИ, действующее законодательство не допускает ни в каком случае.

Что касается собственно порядка применения мер физического стеснения, то необходимо отметить, что ст. 30 Закона о психиатрической помощи недостаточно конкретна и оставляет возможность для злоупотреблений. В частности, не устанавливается никакой предельной продолжительности периода применения этих мер и не раскрывается, в чем именно должен выражаться постоянный контроль медицинских работников при их осуществлении.

Возникающие в связи с этим проблемы привлекли внимание Главного государственного санитарного врача РФ, который отметил: «В докладе представителей Европейского Комитета по предотвращению пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ЕКПП) о посещении Российской Федерации 2–17 декабря 2001 года представлен ряд выявленных нарушений в работе учреждений, оказывающих психиатрическую помощь, при применении мер физического стеснения возбужденных или агрессивно настроенных пациентов»¹. Однако достаточно полных рекомендаций

¹ Письмо Главного государственного санитарного врача РФ от 26 декабря 2002 г. № 2510/12967-02-32 «О мерах физического стеснения при оказании психиатрической помощи»

по исправлению действующего положения в процитированном письме не дано, в нем лишь указано на то, что привлечение других пациентов для контроля за стесненными пациентами исключается, «меры физического стеснения могут применяться только на ограниченный срок» и запись о применении мер «должна содержать мотивировку применения мер физического стеснения, указание времени начала использования этих мер, описание изменений в дальнейшем состоянии пациента, а также указание времени, когда меры физического стеснения были отменены».

В связи с недостаточной регламентацией этого вопроса национальным законодательством необходимо обратиться к международному праву. Так, из п. 11 Принципов ООН защиты психически больных лиц и улучшения психиатрической помощи¹ следует, что помимо гарантий, установленных в ст. 30 Закона о психиатрической помощи, необходимы официально утвержденное внутреннее положение медицинской организации о порядке применения мер физического стеснения и незамедлительное информирование личного представителя пациента, если таковой имеется.

Всемирной организацией здравоохранения разработан справочник базовой информации по психическому здоровью, правам человека и законодательству², в котором вышеуказанные принципы развернуты и детализированы. Так, понятие «строго необходимый период времени» раскрывается как «возможно более короткий промежуток времени (не более нескольких минут или нескольких часов)». При этом уточняется, что один временной период принудительной изоляции и физического стеснения не должен незамедлительно сменяться другим. Указывается, что «тщательное и постоянное наблюдение» не может ограничиваться «пассивным контролем», а предполагает «непрерывный активный и личный контакт с лицом».

Отдельно подчеркивается, что применение принудительной изоляции и физического стеснения «в качестве наказания или для удобства персонала психиатрического учреждения» должно быть законодательно запрещено. Меры физического стеснения должны быть санк-

¹ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № 46/119 от 17 декабря 1991 г. // Организация объединенных наций [Электронный ресурс]. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/586/51/IMG/NR058651.pdf?OpenElement>

² Справочник базовой информации ВОЗ по психическому здоровью, правам человека и законодательству / Женева: ВОЗ, 2005 // Всемирная организация здравоохранения [Электронный ресурс]. URL: http://www.who.int/mental_health/policy/WHO_Resource_Book_MH_LEG_Russian.pdf

ционируются аттестованным специалистом по охране психического здоровья, а само психиатрическое учреждение должно быть аттестовано на предмет наличия соответствующих условий для безопасного проведения подобных вмешательств. Помимо оснований, продолжительности и характера мер физического стеснения, в истории болезни должны быть отражены также «виды лечения, применяемые для их скорейшего прекращения». Помимо личного представителя пациента и наряду с ним о мерах физического стеснения должны быть там, где это возможно, проинформированы члены семьи пациента.

Из изложенного можно сделать вывод, что в настоящее время в отношении применения мер физического стеснения по медицинским основаниям в психиатрических стационарах не выполняются международные рекомендации, а при применении этих мер в ДДИ и ПНИ — также и нормы внутреннего законодательства.

Для соблюдения международных стандартов оказания психиатрической помощи необходимо:

- обеспечить применение мер физического стеснения исключительно в отношении лиц, госпитализированных в недобровольном порядке на основании решения суда;

- не допускать применения мер физического стеснения без установления конкретного срока;

- не допускать оставления человека в таком положении без постоянного контроля медицинского персонала, включающего личный контакт;

- не допускать применения таких мер в качестве наказания или в целях удобства персонала.

Для приведения внутреннего законодательства в соответствие с международными рекомендациями необходимо внести в Закон о психиатрической помощи положения:

- обязывающие медицинские организации, оказывающие психиатрическую помощь в стационарных условиях, разрабатывать и соблюдать внутренние акты о порядке применения мер физического стеснения и изоляции;

- устанавливающие, что применение таких мер не может продолжаться дольше нескольких минут или часов и запрещающие незамедлительно сменять один период стеснения другим;

- обязывающие медицинскую организацию незамедлительно извещать представителей пациента и членов его семьи о факте применения мер такого физического стеснения;

– разъясняющие, что медицинский контроль за пациентами в таком положении состоит не в пассивном наблюдении, а в непрерывном активном и личном контакте с пациентом.

В случае, когда сама медицинская организация действует в качестве законного представителя пациента (что является распространенной ситуацией в отношении детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, не устроенных в семью, а также недееспособных граждан, не имеющих опекунов), при применении мер физического стеснения остро проявляется противоречие интересов медицинской организации и подопечного гражданина. Так, извещение представителя гражданина, предусмотренное международными рекомендациями, теряет свой смысл, поскольку сама медицинская организация, будучи законным представителем, вряд ли может эффективно представлять интересы своего подопечного в его отношениях с собой.

Здесь мы имеем дело с классическим конфликтом интересов: представитель не может представлять интересы представляемого в отношениях, складывающихся между ними. В соответствии со ст. 12 Конвенции о правах инвалидов 2006 г. государства-участники обеспечивают, чтобы все меры, связанные с реализацией правоспособности, предусматривали надлежащие и эффективные гарантии предотвращения злоупотреблений в соответствии с международным правом прав человека. Такие гарантии должны обеспечивать, чтобы меры, связанные с реализацией правоспособности, ориентировались на уважение прав, воли и предпочтений лица, были свободны от конфликта интересов и неуместного влияния.

Исполнение Конвенции Российской Федерацией должно привести к законодательному устранению вопиющего конфликта интересов между организациями, исполняющими обязанности опекуна или попечителя, и помещенными под их надзор подопечными – в рассматриваемом здесь случае инвалидов с ментальными нарушениями. Этот конфликт может быть в интересах последних преодолен или смягчен с помощью модернизации гражданско-правовых институтов опеки и попечительства, а именно путем закрепления возможности и приоритетного назначения нуждающимся в опеке или попечительстве детям и взрослым, находящимся под надзором организации, в том числе медицинской, внешних опекунов или попечителей. Внешний опекун (попечитель) может взять на себя всю полноту обязанностей по представительству подопечного и защите его прав и других обязанностей опекуна (попечителя), а может стать соопекун (сопопечителем), исполняющим часть соответствующих обязанностей совместно

с организацией, в которой находится подопечный. В последнем случае речь идет о так называемой распределенной опеке.

До внесения изменений в гражданское законодательство, не учитывающее в настоящее время указанный конфликт интересов, полагаем, в рассматриваемом случае – при применении мер физического стеснения должен действовать механизм, предусмотренный п. 8 ч. 1 ст. 8 Федерального закона от 24 апреля 2008 г. № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве», т.е. представительство интересов лица должно осуществляться непосредственно органом опеки и попечительства, а значит, он и должен извещаться о применении мер физического стеснения.

Существует также ряд вопросов, по которым в настоящий момент затруднительно сформулировать конкретные предложения, но которые требуют разрешения по итогам экспертного обсуждения с обязательным участием экспертов в области медицины. Полагаем, что при строгом соблюдении международных рекомендаций в отношении мер физического стеснения возможно найти баланс между правами и свободами гражданина с одной стороны и вопросами безопасности – с другой.

Во-первых, это вопрос о целесообразности расширения сферы применения мер физического стеснения за пределы круга лиц, госпитализированных в психиатрический стационар недобровольно, как и за пределы собственно психиатрической помощи.

Так, аргументированно указывается¹, что применение мер физического стеснения может быть необходимо при оказании не только психиатрической помощи, но и терапевтической помощи в отделениях соматического и хирургического профиля пациентам с психическими расстройствами, а также пациентам с нарушениями сознания в неврологических, нейрохирургических, реанимационных и других отделениях. При этом отсутствует правовое регулирование этого вопроса, что вызывает трудности правоприменения.

Кроме того, применение мер физического стеснения (особенно изоляции) к проживающим в ДДИ и ПНИ может иметь под собой достаточные основания, например обеспечение безопасности других проживающих, и при этом не быть связанным непосредственно с обострением заболевания (при личных неприязненных отношениях на фоне болезненных проявлений и т.п.). При этом недобровольная

¹ См.: *Москвичев В.Г.* Практические предпосылки применения мер физического стеснения пациентов в общемедицинской сети // Медвестник [Электронный ресурс]. URL: <https://medvestnik.ru/content/medarticles/Prakticheskie-predposylki-primeneniya-mer-fizicheskogo-stesneniya-pacientov-v-obshemedicinskoi-seti.html>

госпитализация является значительно более серьезным ограничением прав и свобод гражданина по сравнению с применением мер физического стеснения на ограниченный период.

Полагаем, что возможно допустить применение мер физического стеснения на основании мотивированного решения лечащего врача с одновременным немедленным уведомлением представителя пациента (членов его семьи) и с предоставлением процессуальных гарантий безотлагательной судебной проверки.

Во-вторых, это вопрос об установлении закрытого перечня конкретных мер физического стеснения и изоляции, которые могут применяться к пациенту (удержание, фиксация к креслу/кровати, изоляция в обычном помещении, изоляция в специально оборудованном помещении и т.п.). Именно по пути установления исчерпывающего перечня мер стеснения пошли некоторые иностранные правовые порядки, например Нидерланды¹. Считаем такой подход правильным также и в условиях России.

В-третьих, это вопрос о допустимости применения мер «химического стеснения», т.е. применения лекарственных средств кратковременного действия для ограничения свободы или движений пациента. В настоящий момент вопрос химического стеснения в национальном законодательстве не урегулирован. Некоторые правовые порядки, например Нидерланды, допускают «медикаментозное лечение кратковременного действия». В США не существует одобренных препаратов для химического стеснения², хотя такие меры практикуются³.

В-четвертых, это упомянутый выше вопрос о применении мер физического стеснения и изоляции по отношению к малолетним и неспособным выразить свою волю пациентам, госпитализированным по заявлению законных представителей и в отсутствие оснований для недобровольной госпитализации.

2. Диспансерное наблюдение за лицом, страдающим хроническим и затяжным психическим расстройством с тяжелыми стойкими или часто обостряющимися болезненными проявлениями.

¹ См.: Ван Вайнгарден-Кремерс П., Горюнов С.В. Некоторые аспекты организации психиатрической помощи в Нидерландах // Журнал неврологии и психиатрии. 2012. № 12. С. 69–75.

² Fleisher G.R., Ludwig S., Henretig F.M., Ruddy R.M., Silverman B.K. Textbook of Pediatric Emergency Medicine [Book]. 5th ed. Lippincott Williams & Wilkins, 2006.

³ 3 Nursing Home Patients Killed by 'Chemical Restraints' // ABC News [Электронный ресурс]. URL: <https://abcnews.go.com/WN/abc-world-news-deadly-chemical-restraints-kill-california/story?id=9483981>

В настоящее время вопрос диспансерного наблюдения регулируется ст. 23–24, 26–27 Закона о психиатрической помощи. При этом их формулировки содержат неопределенность. Часть третья ст. 26 в совокупности с частью первой ст. 27 допускает двоякое толкование. С одной стороны, можно предположить, что диспансерное наблюдение устанавливается за лицом, страдающим хроническим и затяжным психическим расстройством с тяжелыми стойкими или часто обостряющимися болезненными проявлениями не всегда, а лишь по усмотрению комиссии врачей-психиатров, но всегда без его согласия. Именно так эти нормы трактуются некоторыми авторами¹. С другой стороны, можно предположить, что диспансерное наблюдение может устанавливаться как с согласия пациента, так и без его согласия². Полагаем, что с учетом презумпции необходимости согласия лица на любые виды психиатрической помощи (ст. 4 Закона о психиатрической помощи) более правильным является второе толкование.

В любом случае формулировка порождает противоречие и возможное злоупотребление. Психиатрическое освидетельствование без согласия пациента или его законного представителя при наличии таких оснований, как «его беспомощность, то есть неспособность самостоятельно удовлетворять основные жизненные потребности» и «существенный вред его здоровью вследствие ухудшения психического состояния, если лицо будет оставлено без психиатрической помощи», допускается с санкции судьи (ч. 2 ст. 24 Закона о психиатрической помощи). Однако в отношении пациента, находящегося под диспансерным наблюдением, такое освидетельствование допускается без его согласия, притом что и сама постановка на диспансерное наблюдение допускается без судебной санкции, на основании решения комиссии врачей-психиатров. Таким образом, обязательную судебную проверку недобровольного психиатрического освидетельствования по упомянутым основаниям можно обойти путем предварительной постановки гражданина на диспансерный учет.

¹ *Аргунова Ю.Н.* Обжалование действий по оказанию психиатрической помощи: судебный и внесудебный порядок (Вопросы и ответы). М.: Грифон. 2018.

² *Бородин С.В., Гурович И.Я., Дмитриева Т.Б. и др.* Законодательство Российской Федерации в области психиатрии: Комментарий к Закону РФ «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании», ГК РФ и УК РФ (в части, касающейся лиц с психическими расстройствами) (постатейный) / Под ред. Т.Б. Дмитриевой. 2-е изд. М., 2002.

Надо также отметить, что в настоящий момент порядок диспансерного наблюдения регулируется морально устаревшим подзаконным актом 1988 г.¹, который не учитывает вопросы, ставшие в настоящий момент актуальными.

Считаем необходимым законодательно:

– разделить ситуации добровольного согласия на диспансерное наблюдение и установления диспансерного наблюдения без согласия пациента. Полагаем, что во втором случае необходима судебная санкция на установление диспансерного наблюдения;

– установить ясный порядок взаимодействия пациента, медицинской организации, осуществляющей диспансерное наблюдение, других медицинских организаций, организаций социального обслуживания в связи с осуществлением мероприятий по диспансерному наблюдению;

– решить вопрос о возможности выбора пациентом медицинской организации, осуществляющей диспансерное наблюдение, во всяком случае в отношении пациентов, давших на него добровольное согласие.

3. Выписка из стационарной организации социального обслуживания, предназначенной для лиц, страдающих психическими расстройствами.

Согласно части второй ст. 44 Закона о психиатрической помощи выписка из стационарной организации социального обслуживания, предназначенной для лиц, страдающих психическими расстройствами, производится по личному заявлению лица, в том числе лица, признанного в установленном законом порядке недееспособным, при наличии заключения врачебной комиссии с участием врача-психиатра о том, что по состоянию здоровья такое лицо способно проживать самостоятельно.

Указанная норма корреспондировала п. 28 Положения о психоневрологическом интернате Министерства социального обеспечения РСФСР², впоследствии также и ст. 15 Федерального закона от 2 августа 1995 г. № 122-ФЗ «О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов», которые допускали пребывание граждан без их согласия в учреждениях социального обслуживания в случаях, если

¹ Система динамического диспансерного учета и наблюдения психически больных (утверждена Министерством здравоохранения СССР 17 июня 1988 г. № 10-П/СП88-9/ОП).

² Утверждено приказом Министерства социального обеспечения РСФСР от 27 декабря 1978 г. № 145.

они лишены ухода и поддержки со стороны родственников или иных законных представителей и при этом не способны самостоятельно удовлетворять свои жизненные потребности. Заключение врачебной комиссии, по сути, должно было подтвердить отсутствие оснований для недобровольного пребывания гражданина в стационарной организации социального обслуживания, предназначенной для лиц, страдающих психическими расстройствами.

В Определении от 3 июля 2008 г. № 612-О-П Конституционный Суд РФ сформулировал правовую позицию, согласно которой требование об обязательности наличия заключения врачебной комиссии адресовано администрации самих таких учреждений (для целей оказания психиатрической, включая социально-бытовую, помощи) и само по себе не может рассматриваться как препятствующее реализации проживающими в ПНИ лицами гарантированных им конституционных прав, в том числе права свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства. Впоследствии та же позиция была воспроизведена в Определении Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 727-О-О. Определением Конституционного Суда РФ от 19 января 2011 г. № 114-О-П был окончательно установлен принцип, согласно которому недобровольное нахождение гражданина в стационарной организации социального обслуживания возможно лишь на основании судебного решения.

Таким образом, в свете позиции Конституционного Суда заключение врачебной комиссии о возможности или невозможности самостоятельного проживания гражданина само по себе не могло являться основанием для «удержания» такого гражданина в ПНИ, но должно было учитываться судом при решении вопроса о возможности «помещения» гражданина в ПНИ без его согласия. Позже и Закон об основах социального обслуживания исключил возможность недобровольного пребывания граждан, в том числе признанных недееспособными, в ПНИ и закрепил принцип добровольности социального обслуживания.

В результате возникла неопределенность в вопросе о положении абзаца второй части второй ст. 44 Закона о психиатрической помощи в системе норм, регулирующих социальное обслуживание лиц с психическими расстройствами.

С одной стороны, если прекращение социального обслуживания в стационарной форме (т.е. выписка из стационарной организации) зависит лишь от волеизъявления получателя социальных услуг, то норма

выглядит излишней. С другой стороны, лицо с психическим расстройством не всегда способно оценить последствия своих решений, свою нуждаемость в помощи, может оказаться под влиянием недобросовестных лиц. Следовательно, его права и законные интересы могут серьезно пострадать в результате выписки из ПНИ. В этом случае норма выступает дополнительной гарантией того, что человек не останется без необходимой помощи.

Законодатель должен установить баланс между негативными последствиями ограничений той или иной степени прав гражданина с психическим расстройством на свободу передвижения, выбор места жительства, защиту частной жизни с одной стороны и возможными негативными последствиями из-за утраты необходимой медико-социальной помощи после выписки из ПНИ – с другой.

Представляется, что в случае выписки гражданина из ПНИ по собственному заявлению комиссия должна оказать ему содействие в получении различных видов помощи с целью устранить или минимизировать негативные последствия прекращения стационарного социального обслуживания. Однако в этом случае главную роль играют не врачебные рекомендации, а рекомендации в сфере организации занятости, социального обслуживания, социального обеспечения, образования и т.п., следовательно, по своему положению «комиссия по выписке» не должна быть врачебной.

Полагаем, что Закон о психиатрической помощи должен закрепить следующие положения:

- выписка из ПНИ производится по заявлению гражданина;
- такое заявление подлежит рассмотрению комиссией;
- комиссия носит междисциплинарный и межведомственный характер;
- комиссия проверяет свободу волеизъявления гражданина;
- по итогам рассмотрения комиссия выдает гражданину (членам его семьи) рекомендации об организации занятости, социального обслуживания, включая социальное сопровождение, медицинской и иных видов помощи, при необходимости инициирует обращение в соответствующие органы и организации в интересах гражданина¹.

Аналогичный порядок может быть установлен также и для рассмотрения заявлений о временном выбытии гражданина из ПНИ.

¹ Например, в порядке, предусмотренном ст. 14 Закона об основах социального обслуживания.

Вопрос временного выбытия (к родственникам, для летнего отдыха и т.п.) из ПНИ в настоящий момент не имеет правового регулирования на федеральном уровне, несмотря на свою актуальность.

В основе решительного повышения уровня правовой защиты лиц с ментальными нарушениями при оказании им психиатрической помощи лежит реформирование гражданско-правовых институтов опеки и попечительства. Необходимо восстановить их подлинный смысл, в первую очередь в отношении указанной категории подопечных, используя возможности внешней и совместной (распределенной) опеки и попечительства.

*Белова Дина Александровна,
доцент кафедры гражданского права
Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
кандидат юридических наук, доцент*

Правовая охрана интересов ребенка, рожденного в результате реализации программы суррогатного материнства

Количество реализуемых на территории Российской Федерации программ суррогатного материнства ежегодно возрастает. «По данным Российской ассоциации репродукции человека количество детей, рожденных по программам суррогатного материнства, на 100 тыс. бесплодных жителей репродуктивного возраста в России составляет на 40 процентов больше, чем в США»¹. При этом правовое регулирование отношений, возникающих в связи с применением данного метода искусственной репродукции, является неполным, фрагментарным и несистемным.

Регулированию исследуемой области общественных отношений посвящены нормативные положения ч. 9, 10 ст. 55 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее – Закон об основах охраны здоровья), абз. 2 п. 4 ст. 51, абз. 2 п. 3 ст. 52 Семейного кодекса РФ (далее – СК РФ), п. 5 ст. 16 Федерального закона от 15 ноября 1997 г. № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния» (далее – Закон об актах гражданского состояния), приказа Минздрава России от 30 августа 2012 г. № 107н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению».

Закон об основах охраны здоровья определяет круг лиц, обладающих правом на применение вспомогательных репродуктивных технологий (далее – ВРТ), в том числе суррогатного материнства, а так-

¹ Пояснительная записка к проекту федерального закона № 133590-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части запрета суррогатного материнства». URL: <http://asozd.duma.gov.ru/>; 25 октября 2018 г. законопроект, внесенный членом Совета Федерации А.В. Беляковым, отклонен.

же устанавливает требования, предъявляемые к суррогатной матери. Положения СК РФ, а также Закона об актах гражданского состояния определяют порядок записи родителей ребенка, рожденного суррогатной матерью, при государственной регистрации его рождения. Обозначенные положения не согласованы друг с другом. Согласно ч. 3 ст. 55 Закона об основах охраны здоровья воспользоваться методом суррогатного материнства могут как супруги, так и лица, не состоящие в браке между собой, а также одинокая женщина. При этом согласно абз. 2 п. 4 ст. 51 СК РФ и п. 5 ст. 16 Закона об актах гражданского состояния родителями ребенка, рожденного суррогатной матерью, могут быть записаны лишь супруги, воспользовавшиеся данным методом лечения бесплодия.

На этом основании органы записи актов гражданского состояния (далее – органы ЗАГС) отказывают в государственной регистрации рождения ребенка, выношенного суррогатной матерью, его генетическим родителям, не состоящим в браке между собой, а также одиноким женщинам. Подобные отказы, вызванные несогласованностью нормативного материала, нарушают права и законные интересы не только генетических родителей, но и ребенка ввиду наличия препятствий возникновению родительских правоотношений, в рамках которых осуществляется забота над ним, его воспитание и содержание, а также защита его прав и законных интересов. В настоящее время генетические родители вынуждены обращаться в суд и на основании судебного решения регистрировать рождение ребенка с указанием их в качестве его родителей¹.

Следовательно, в целях обеспечения интересов детей нормативные положения СК РФ и Закона об актах гражданского состояния должны быть приведены в соответствие с ч. 3, 9 ст. 55 Закона об основах охраны здоровья в части согласования круга субъектов.

Вызывает вопросы решение законодателя включить в круг субъектов, обладающих правом на применение ВРТ, в том числе суррогатного материнства, мужчин и женщин, не состоящих в браке между собой, без предъявления требований к личности таковых. Во-первых, такие лица могут состоять в близкой степени родства, что представляет угрозу здоровью потомства, поскольку накопление патологических генов увеличивает риск рождения детей с тяжелыми заболеваниями. Госу-

¹ См., например: Решение Черемушкинского районного суда города Москвы от 10 марта 2017 г. по делу № 2-19878/2017// СПС «КонсультантПлюс»; Решение Дзержинского районного суда города Санкт-Петербурга от 25 февраля 2019 г. по делу № 2-639/2019~М-440/2019 // Там же.

дарства, проявляя заботу о здоровье потомства супругов, традиционно в качестве препятствия к заключению брака, рассматривали наличие близкой степени родства (абз. 3 ст. 14 СК РФ, § 1307 Гражданского уложения Германии ст. 161–163 Гражданского кодекса Франции). Целесообразно закрепление соответствующего обстоятельства в качестве препятствия к совместному осуществлению права на применение ВРТ мужчиной и женщиной, не состоящих в браке между собой.

Во-вторых, мужчина и женщина, не состоящие в браке между собой и обращающиеся за применением ВРТ, могут состоять при этом в браке и, соответственно, в семейных отношениях с иными лицами. Допущение подобной возможности противоречит п. 1 ст. 38 Конституции РФ, п. 1 ст. 1 СК, поскольку приводит не к укреплению семьи, уже созданной такими лицами с иными гражданами и находящейся под защитой государства, а к ее разрушению. Более того, это нарушает законные интересы ребенка, который родится в таком «союзе» в результате применения ВРТ. Согласно п. 2 ст. 54 СК каждый ребенок имеет право жить и воспитываться в семье, но если у каждого из его генетических родителей создана семья с иными лицами, возникает вопрос, найдется ли место этому ребенку хотя бы в одной из них. Учитывая обозначенные обстоятельства, законодатель не допускает совместного усыновления ребенка лицами, не состоящими в браке между собой (п. 4 ст. 127 СК). В целях обеспечения системности законодательства и защиты законных интересов детей, рожденных в результате применения ВРТ, в том числе суррогатного материнства, стоит закрепить требование о том, чтобы мужчина и женщина, не состоящие в браке и обращающиеся за применением ВРТ, не состояли в браке с иными лицами.

Одиноким мужчины не указаны законодателем в числе лиц, имеющих право на применение ВРТ, в том числе суррогатного материнства. При этом медицинские организации, осуществляющие лечение граждан путем применения методов искусственной репродукции, охотно оказывают им соответствующие медицинские услуги. В результате рождения ребенка суррогатной матерью перед одиноким мужчиной возникают трудноразрешимые проблемы. Органы ЗАГС обоснованно отказывают ему в государственной регистрации рождения ребенка с указанием его в качестве отца, поскольку таковая противоречит положениям п. 5 ст. 16 Закона об актах гражданского состояния и п. 4 ст. 51 СК РФ. В свою очередь, суды отказывают в признании действий органов ЗАГС незаконными, поскольку порядок регистрации ребенка, рожденного суррогатной матерью, с записью одинокого мужчины

единственным его родителем законодательством не определен и противоречит ст. 55 Закона об основах охраны здоровья.

Так, Тушинский районный суд города Москвы¹ обязал в подобном случае отдел ЗАГС зарегистрировать рождение двух детей без указания сведений как о матери, так и об отце, с записью их фамилии, имени и отчества по указанию органов опеки и попечительства. Отсутствие норм, регулирующих применение методов ВРТ в отношении одиноких мужчин, приводит к нарушению прав детей знать своих родителей и воспитываться в семье, закрепленных международными актами (ст. 7 Конвенции о правах ребенка) и национальным законодательством (п. 2 ст. 54 СК РФ). В связи с этим целесообразным представляется включение одинокого мужчины в число субъектов, обладающих правом на применение метода суррогатного материнства, которые определены в ч. 9 ст. 55 Закона об основах охраны здоровья. Данное предложение уже находило обоснование в трудах ученых, отмечавших дискриминационный характер действующей редакции указанных нормативных положений.

Так, О.А. Хазова обращает внимание на то, что норма, закрепленная в ч. 9 ст. 55, «вызывает вопросы и с точки зрения ее конституционности, поскольку нарушает принцип равенства прав мужчины и женщины, в частности, в отношении права мужчин на доступ к вспомогательным репродуктивным технологиям для лечения бесплодия наравне с женщинами»². Схожей позиции придерживаются Ю.Д. Сергеев и Ю.В. Павлова, указывая, что исключение одиноких мужчин из числа субъектов права на применение ВРТ «ведет к нарушению прав и свобод человека и гражданина»³. К.Н. Свитнев считает, что «это нарушение нескольких статей Конституции РФ, в частности ст. 7 (о том, что в России обеспечивается государственная поддержка как материнства, так и отцовства), ст. 19 (о равноправии мужчин и женщин) и ст. 55 (о недопустимости издания законов, умаляющих права человека)»⁴. А.Т. Боннер справедливо замечает, что «отказ одинокому

¹ См.: Решение Тушинского районного суда города Москвы от 19 марта 2014 г. по делу № 2-1472/2014~М-3/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

² Хазова О.А. Стороны договора суррогатного материнства: анализ некоторых проблем // Сделки в гражданском и семейном праве, формы защиты прав и интересов участников сделок: сб. ст. / Под ред. Т.Е. Абовой. М., 2017. С. 94.

³ Сергеев Ю.Д., Павлова Ю.В. Проблемы правового регулирования применения методов вспомогательных репродуктивных технологий // Медицинское право. 2006. № 3.

⁴ Свитнев К.Н. Нужен ли закон о ВРТ? Вспомогательные репродуктивные технологии и их правовое регулирование // Национальная идентичность России и демографический кризис: материалы II Всерос. науч. конф. М., 2008. С. 821–822.

мужчине в возможностях обращения к ВРТ противоречит ряду положений Конституции РФ»¹.

В то же время некоторые ученые придерживаются противоположной позиции о недопустимости допуска одиноких мужчин к ВРТ². В свою очередь, Т.Е. Борисова обосновывает необходимость запрета на применение метода суррогатного материнства как для одиноких мужчинам, так и для одиноких женщин, поскольку «несправедливо по отношению к рожденному ребенку заранее лишать его права расти и воспитываться в полной семье, которая состоит помимо него еще из отца и матери»³. Однако если следовать логике автора, то нужно запретить женщинам, не состоящим в браке, и рожать, и усыновлять детей, поскольку последние «лишены права расти и воспитываться в полной семье». Существование такого права ребенка очевидно только для названного автора. В современной России 5 млн (около трети) детей воспитываются одинокими женщинами и 600 тыс. — одинокими отцами⁴.

Действующее законодательство недостаточно подробно регулирует отношения между потенциальными родителями и суррогатной матерью, ограничиваясь указанием на то, что между обозначенными лицами заключается договор (ч. 9 ст. 55 Закона об основах охраны здоровья). Правовой режим договора суррогатного материнства не закреплён. В связи с этим многие ученые и правоприменительные органы рассматривают данное соглашение в качестве гражданско-правового договора, как правило, договора возмездного оказания услуг. В частности, Е.С. Митрякова отмечает, что «следует включить его в перечень договоров, на которые распространяется действие гл. 39 Гражданского кодекса РФ... несмотря на то, что иногда данный договор бывает безвозмездным»⁵. Подобная квалификация договора суррогатного материнства грубо нарушает интересы ребенка, для вынашивания и рождения которого он заключается, а также права и законные интересы суррогатной матери.

¹ *Боннер А.Т.* Законодательство об искусственном оплодотворении и практика его применения судами нуждаются в усовершенствовании // *Закон*. 2015. № 7. С. 134–151.

² *См.: Дикова И.А.* К вопросу о субъектах правоотношений в сфере применения вспомогательных репродуктивных технологий // *Юрист*. 2008. № 11.

³ *Борисова Т.Е.* Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики: монография. М., 2012.

⁴ URL: <https://www.rbc.ru/rbcfreenews/5899c3949a7947cd04125cc5>

⁵ *Митрякова Е.С.* Правовое регулирование суррогатного материнства в России: Дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2007. С. 81.

Особенностью правового режима договора возмездного оказания услуг является возможность одностороннего отказа от его исполнения, воспользоваться которой может как исполнитель, так и заказчик. Заказчик вправе отказаться от исполнения договора при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов (п. 1 ст. 782 Гражданского кодекса РФ – далее ГК РФ). Право на односторонний отказ от договора осуществляется управомоченной стороной путем уведомления другой стороны, с момента получения которого договор прекращается (п. 1 ст. 450.1 ГК РФ).

Применяя обозначенные правила к договору суррогатного материнства, доктрина и практика склоняются к тому, что отказ потенциальных родителей от исполнения договора влечет прекращение всех прав и обязанностей, связанных с их правовым статусом. Так, В.В. Самойлова отмечает, что отказ от договора «выражается как в отказе оплатить суррогатной матери стоимость договора, так и в отказе забрать ребенка»¹. В то же время отказ потенциальных родителей от договора обрекает ребенка, которого вынашивает суррогатная мать, на приобретение им статуса ребенка, оставшегося без родительского попечения. Если подобным образом регулировать отношения между суррогатной матерью и потенциальными родителями, возникнет необходимость в дополнительных учреждениях для детей, оставшихся без попечения родителей в результате отказа последних от договора.

Правоприменительные органы толкуют действующее законодательство в ущерб интересам ребенка и суррогатной матери, предоставляя ничем не обоснованные преимущества потенциальным родителям в случае их отказа от договора (отказа от ребенка). В этом случае мать ребенка, рожденного в результате его исполнения, записывается суррогатная мать на основании медицинского свидетельства о рождении в силу п. 1 ст. 48 СК РФ, п. 1 ст. 14, п. 2, 3 ст. 16 Закона об актах гражданского состояния. Для записи родителями ребенка потенциальных родителей требуется их заявление (п. 5 ст. 16 Закона об актах гражданского состояния), с которым они в случае отказа от договора (отказа от ребенка) в органы ЗАГС не обращаются. Применение действующего законодательства указанным образом не учитывает следующих обстоятельств.

¹ Самойлова В.В. Новеллы и проблемы законодательства о суррогатном материнстве // Вопросы современной юриспруденции: сб. ст. по матер. XXIX Междунар. науч.-практ. конф. № 9 (29). Новосибирск: СибАК, 2013. С. 49.

Во-первых, потенциальные родители *выразили волю на приобретение родительских прав в отношении ребенка*, рожденного суррогатной матерью, когда давали информированное добровольное согласие на применение ВРТ, в том числе имплантацию эмбриона суррогатной матери в целях его вынашивания. Вспомогательные репродуктивные технологии направлены на лечение бесплодия, т.е. рождение ребенка. Следовательно, лица, выражающие волю на лечение бесплодия, тем самым выражают волю на приобретение родительских прав в отношении ребенка, рожденного в результате их применения. В законодательном порядке должен быть закреплён безусловный и безотзывный характер такого волеизъявления с момента имплантации эмбриона суррогатной матери. Подобный подход является характерным для большинства развитых правовых систем.

Во-вторых, суррогатная мать выражает волю на вынашивание и рождение ребенка *для иных лиц* — потенциальных родителей или одинокой женщины, для которых вынашивание и рождение ребенка невозможно по медицинским показаниям.

Волю на приобретение родительских прав и обязанностей суррогатная мать не выражает, хотя ей предоставлена возможность ее изъявления, но исключительно после рождения ребенка, учитывая вероятность возникновения у нее материнских чувств в процессе вынашивания и рождения ребенка. Конституирующим признаком суррогатного материнства, вытекающим из его легального определения, является вынашивание и рождение ребенка не для себя, а в интересах другого лица.

В связи с этим регистрация ребенка, рожденного суррогатной матерью, с указанием ее в качестве матери ребенка является понуждением суррогатной матери к приобретению родительских прав, что представляется недопустимым. Применение п. 1 ст. 48 СК РФ помимо воли суррогатной матери нарушает ее право на уважение частной и семейной жизни, гарантированное ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.

Стоит также отметить, что в роли суррогатных матерей выступают, как правило, малообеспеченные женщины, которые стремятся улучшить свое материальное положение. Возможности таких женщин по воспитанию и содержанию детей, рожденных в результате реализации программы суррогатного материнства, крайне ограничены.

Ввиду вышеизложенного приходим к выводу о недопустимости отказа от исполнения договора о суррогатном материнстве. С момента

имплантации эмбриона начинается естественный процесс вынашивания ребенка, который не подчинен воле участников общественных отношений. С этого момента целесообразно говорить о физической невозможности прекращения исполнения обязательства, в связи с которой договорные отношения между суррогатной матерью и потенциальными родителями должны оставаться неизменными.

В обозначенный период времени (с момента имплантации эмбриона и до естественного исхода беременности путем родов или преждевременных родов) договор о суррогатном материнстве не должен расторгаться и по основаниям, предусмотренным ст. 450, 451 ГК РФ. В отдельных случаях потенциальные родители, ссылаясь на ст. 451 ГК РФ, требуют расторжения договора о суррогатном материнстве в одностороннем порядке в связи с расторжением брака между ними, а на основании ст. 450 ГК РФ требуют расторгнуть договор с суррогатной матерью, неоднократно нарушившей условия договора о предоставлении информации о состоянии ребенка, воздержании от интимной жизни и иные. По изложенным причинам расторжение договора по данным основаниям следует признать недопустимым, поскольку его прямым следствием будет лишение ребенка, рожденного суррогатной матерью, родительского попечения. Следовательно, риск изменения обстоятельств, из которых исходили стороны в момент заключения договора (материальных, семейных и иных), а также риск выбора контрагента (суррогатной матери) должен быть возложен на потенциальных родителей.

В данном случае можно провести аналогию со ст. 17 СК РФ, ограничивающей право супруга на расторжение брака без согласия жены во время ее беременности. Данная норма имеет целью обеспечить здоровье женщины, а также пренатальное развитие ребенка, которое неразрывно связано с психофизическим состоянием матери. Аналогичное неблагоприятное воздействие на суррогатную мать и ребенка окажет и намерение потенциальных родителей расторгнуть договор помимо ее воли. В связи с этим в целях обеспечения прав и законных интересов суррогатной матери и ребенка, которого она вынашивает, а также системности действующего законодательства следует предусмотреть невозможность расторжения договора о суррогатном материнстве помимо воли суррогатной матери.

Вызывает сомнения и возможность расторжения договора о суррогатном материнстве по соглашению сторон. В результате такого соглашения происходит изменение правового статуса его участни-

ков. Потенциальные родители становятся донорами репродуктивного материала, а суррогатная мать потенциальным родителем. В то же время в нормативном порядке предъявляются определенные требования как к донорам гамет, так и к потенциальным родителям. Более того, ученые справедливо отмечают необходимость их ужесточения: введение ограничений по возрасту для потенциальных родителей, а также предъявление к ним требований, аналогичных требованиям к усыновителям, приемным родителям и иным лицам, принимающим детей в семью на воспитание¹. Возможность заключения соглашений о расторжении договора суррогатного материнства приведет к обходу таких требований, к изменению правового статуса сторон, установленного императивными нормами закона. Исключение может составлять случай, когда беременность суррогатной матери не превышает срока 12 недель и она согласна на расторжение договора и искусственное прерывание беременности.

В то же время недействительными, на наш взгляд, являются условия договора о суррогатном материнстве, обязывающие суррогатную мать провести искусственное прерывание беременности по требованию потенциальных родителей. Искусственное прерывание беременности проводится только при наличии информированного добровольного согласия женщины на данный вид медицинского вмешательства (ч. 1 ст. 56 Закона об основах охраны здоровья). Согласие должно быть добровольным, т.е. воля должна формироваться осознанно и свободно, исходя из личных интересов пациента и полученной им информации о рисках медицинского вмешательства и связанных с ним неблагоприятных последствиях.

Возлагая на суррогатную мать обязанность по прерыванию беременности, мы понуждаем ее выражать не свою волю на аборт, а волю, выраженную в договоре, которая является согласованной волей обеих сторон. Кроме того, она выражает ее не свободно, а исполняя обязанность, в основе которой лежит юридически закреплённая необходимость, под угрозой применения к ней гражданско-правовых санкций. Таким образом, свобода воли, которая должна составлять основу согласия на медицинское вмешательство, нивелируется в случае возло-

¹ См., например: *Сергеев Ю.Д., Павлова Ю.В. Сергеев Ю.Д., Павлова Ю.В.* Проблемы правового регулирования применения методов вспомогательных репродуктивных технологий // *Медицинское право.* 2006. № 3; *Романовский Г.Б.* Право на искусственное оплодотворение и экология размножения // *Законность.* 2003. № 7; *Хазова О.А.* Указ. соч. С. 98.

жения на суррогатную мать соответствующей обязанности. По этой же причине, на наш взгляд, не может быть возложена на суррогатную мать обязанность по имплантации эмбриона, а момент имплантации следует рассматривать как момент заключения договора о суррогатном материнстве, который тем самым должен приобрести модель, схожую с моделью реального договора.

Таким образом, действующее законодательство нуждается в дальнейшем совершенствовании в целях обеспечения интересов детей, рожденных в результате реализации программ суррогатного материнства.

V. НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО

*Чагина Елизавета Михайловна,
старший специалист Института законодательства
и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации*

Наследование пакета акций двумя и более наследниками

В соответствии с п. 3 ст. 1176 ГК РФ в состав наследства участника акционерного общества входят принадлежавшие ему акции. Данное имущество переходит к наследникам, которые, как следует из указанной статьи, становятся участниками общества. Закон не регламентирует детально вопросы, связанные с наследованием акций, однако это не означает, что потребность в таком регулировании отсутствует. На практике нередко возникают вопросы, поиск ответа на которые в действующем законодательстве оказывается отнюдь не простым.

Ситуация, когда имеется единственный наследник, сложностей не вызывает. Однако наследников может быть и несколько. В соответствии со ст. 1164 ГК РФ, если при наследовании по закону наследственное имущество переходит к нескольким наследникам или если оно было завещано нескольким наследникам без указания наследуемого каждым из них конкретного имущества, наследственное имущество поступает со дня открытия наследства в общую долевую собственность наследников. Таким образом, при этих условиях у наследников возникает общая долевая собственность на акции.

Первая проблема, которая встает в данной ситуации, связана с осуществлением наследниками корпоративных прав. Законодательство об акционерных обществах не регламентирует детально порядок осуществления прав по акциям, находящимся в общей долевой собственности. В п. 3 ст. 57 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об акционерных обществах) определяется только порядок осуществления права голоса, предоставляемого такими акциями: правомочия по голосованию на

общем собрании акционеров осуществляются по усмотрению участников общей долевой собственности либо одним из них, либо их общим представителем. В остальном порядок осуществления прав по акциям, находящимся в общей долевой собственности, Закон об акционерных обществах не регламентирует.

Поэтому при определении порядка осуществления корпоративных прав в данном случае необходимо руководствоваться нормами гл. 16 ГК РФ об общей долевой собственности, поскольку в ст. 1164 ГК РФ прямо указано, что данные положения применяются к общей собственности наследников на наследственное имущество (с учетом специальных правил, касающихся раздела наследственного имущества). Согласно п. 1 ст. 247 ГК РФ владение и пользование имуществом, находящимся в общей долевой собственности, по общему правилу осуществляются по соглашению всех ее участников, а если соглашение достигнуто не было – в порядке, устанавливаемом судом. Таким образом, исходя из указанной нормы порядок осуществления корпоративных прав наследники должны определить соглашением.

Нетрудно, однако, заметить, что речь идет об идеальной ситуации, когда наследники преследуют общий интерес и способны договориться друг с другом. Однако в случае конфликта между ними реализация прав, возникающих из акций, находящихся в общей собственности, оказывается существенно затруднена, что отрицательно влияет на гражданский оборот¹. В связи с этим наследники нередко предпочитают разделить акции между собой, поскольку в силу ряда причин установление порядка осуществления прав на общее имущество судом не всегда является выходом из конфликтной ситуации.

На основании п. 1 ст. 1165 ГК РФ наследственное имущество, находящееся в общей долевой собственности двух или нескольких наследников, может быть разделено по соглашению между ними. Теоретически раздел пакета акций не должен вызывать затруднений, «поскольку акции могут быть любым способом распределены между наследниками по их согласию и в соответствии с законом»². Но в случае конфликта между сособственниками достижение соглашения относительно раздела унаследованных акций далеко не всегда оказывается возможным. В этом случае, как следует из п. 3 ст. 252

¹ См.: Увакина Т.В. Проблемы реализации наследниками права общей собственности на акции // Юрист. 2015. № 18. С. 32.

² Харитоновна Ю.С. Особенности наследования имущества в предпринимательской сфере // Адвокат. 2003. № 6. С. 48.

ГК РФ, наследники вправе обратиться в суд с требованием о разделе наследственного имущества или выделе из него доли. Судебная практика свидетельствует о том, что такого рода ситуации отнюдь не являются редкостью¹.

Однако обращение в суд с требованием о разделе перешедших в порядке наследования акций дает положительный результат также не в любой ситуации. Проблема возникает тогда, когда оказывается невозможным разделить перешедший по наследству пакет акций на целые части. Приведем такой пример: после смерти акционера двоим его наследникам по закону перешло в порядке наследования 15 акций. Поскольку в соответствии с п. 2 ст. 1141 ГК РФ наследники одной очереди наследуют в равных долях, постольку и раздел имущества между ними должен произойти в равных долях, если иное не вытекает из закона. Соответственно, в рассматриваемой ситуации каждый из наследников должен получить по 7,5 акций, т.е. одна из акций должна быть раздроблена. Когда наследников четверо, а акций 15, каждому причитается по 3,75 акции, т.е. дроблению подлежат 3 акции. Однако Закон об акционерных обществах не содержит указания на возможность дробления акций в случае раздела наследства. Статья 25 данного Закона допускает дробление акций только при осуществлении преимущественного права на приобретение акций, либо при осуществлении преимущественного права на приобретение дополнительных акций, либо при консолидации акций, причем во всех указанных случаях должна отсутствовать возможность приобретения акционером целого числа акций. Федеральная комиссия по рынку ценных бумаг Российской Федерации в письме от 26 ноября 2001 г. № ИК-09/7948 «Об образовании части акций (дробных акций)» обращает внимание на то, что указанный в законе перечень оснований дробления акций является исчерпывающим.

В данном случае суд оказывается, по сути, в ловушке: дробление акций выглядит неизбежным, однако по закону оно недопустимо. Ситуация разрешается благоприятно, если кто-либо из наследников

¹ См., например, решения Котласского городского суда Архангельской области от 15 июня 2017 г. № 2-1358/2017 2-1358/2017~М-1154/2017 М-1154/2017 по делу № 2-1358/2017, Энгельсского районного суда Саратовской области от 7 мая 2018 г. № 2-1-2631/2018 2-2631/2018 2-2631/2018 ~ М-2091/2018 М-2091/2018 по делу № 2-1-2631/2018, Новоорского районного суда Оренбургской области от 6 февраля 2019 г. № 2-459/2018 2-46/2019(2-459/2018);~М-489/2018 М-489/2018 по делу № 2-459/2018; Мончегорского городского суда Мурманской области от 24 мая 2019 г. № 2-394/2019 2-394/2019~М-280/2019 М-280/2019 по делу № 2-394/2019.

соглашается на компенсацию своей доли в праве общей собственности, и, таким образом, каждому из наследников достанется целое число акций¹. Однако если наследники не могут достигнуть соглашения по данному вопросу, то ситуация значительно усложняется.

На практике в подобных случаях суды нередко принимают решение о разделе между наследниками того количества акций, которое возможно разделить на целые числа, а те акции, которые невозможно разделить без их дробления, оставляют в общей долевой собственности². Однако если между наследниками имеется конфликт, они едва ли смогут прийти к соглашению о порядке осуществления прав по акциям, оставшимся в общей собственности, как того требует ст. 57 Закона об акционерных обществах, вследствие чего в течение неопределенного периода времени права по ним осуществляться попросту не будут, т.е. данные акции «выпадут» из оборота. Это может представлять серьезную проблему в ситуации, когда одна акция обладает большой ценностью³. В связи с этим указанный вариант решения проблемы не является оптимальным по той причине, что не решает ее до конца.

Надо отметить, что практика сохранения общей долевой собственности на часть акций не является общепринятой. В некоторых случаях суды вовсе отказывают в разделе пакета акций и выделе долей в натуре, указывая, что наследники не лишены возможности произвести раздел акций путем заключения соглашения, а в случае невозможности его заключения – в судебном порядке, с предоставлением суду вариантов раздела с определением стоимостного размера денежной компенсации и вариантов, кому из наследников и в каком размере подлежит выплата компенсации, а кому подлежат передаче части акций при устранении их дробности⁴. Такое положение вещей нельзя считать удовлетвори-

¹ См., например, решения Талишинского районного суда Оренбургской области от 4 октября 2016 г. № 2-599/2016 2-599/2016~М-562/2016 М-562/2016 по делу № 2-599/2016, Норильского городского суда Красноярского края от 12 мая 2015 г. № 2-1015/2015 2-1015/2015~М-715/2015 М-715/2015 по делу № 2-1015/2015.

² См., например, решения Михайловского районного суда Волгоградской области от 14 июня 2012 г. № 2-508/12 по делу № 2-508/12, Ленинского районного суда г. Владимира Владимирской области от 8 июня 2016 г. № 2-1932/2016 2-1932/2016~М-1444/2016 М-1444/2016 по делу № 2-1932/2016.

³ См.: *Степанов Д., Архипов Д.* Правовое регулирование дробных акций и возможные пути его совершенствования // *Хозяйство и право.* 2006. № 9. С. 75.

⁴ См. решение Центрального районного суда г. Омска от 20 января 2016 г. № 2-65/2016 2-65/2016(2-6650/2015)~М-7055/2015 2-6650/2015 М-7055/2015 от 20.01.2016 по делу № 2-65/2016.

тельным, поскольку конфликт между собственниками акций опять же остается неразрешенным. О негативных последствиях этого уже было сказано, однако в приведенной ситуации они могут оказаться гораздо более тяжелыми: например, если в случае перехода в общую собственность наследников контролирующего пакет акций они так и не смогли договориться об осуществлении корпоративных прав, то это может оказаться губительным для бизнеса.

В литературе высказывается мнение о возможности применения в таких случаях положения п. 1 ст. 1168 ГК РФ, предусматривающего преимущественное право наследника на получение в счет своей доли неделимой вещи при разделе наследства в том случае, когда он обладал совместно с наследодателем правом общей собственности на неделимую вещь. Такого мнения придерживаются Н.В. Михеева¹, Е.Ю. Петров². В судебной практике уже существуют примеры применения данной нормы при разделе наследниками акций³.

Однако в рассматриваемых делах речь шла о ситуации, когда наследник обладал совместно с наследодателем правом общей собственности на входящие в состав наследства акции. В случае, когда наследники хотят разделить пакет акций, но ни один из них не обладал совместно с наследодателем правом общей собственности на акции или же несколько и даже все наследники являлись участниками общей собственности на акции вместе с наследодателем, вопрос о том, как суд должен производить раздел, остается без ответа. Применение нормы п. 2 ст. 1168 ГК РФ, согласно которой преимущественное право при разделе наследства на получение в счет своей доли неделимой вещи имеется у наследника, постоянно пользовавшегося неделимой вещью (до открытия наследства), в данном случае не представляется возможным, поскольку едва ли кто-то из наследников «постоянно пользовался» акциями, принадлежавшими наследодателю.

В связи с этим в литературе высказывается мнение, что допущение в данной ситуации образования дробных акций является единственным

¹ См.: Михеева Н.В. На одну акцию несколько наследников // Корпоративный юрист. 2007. № 5 (СПС «КонсультантПлюс»).

² См.: Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. Е.Ю. Петров. М., 2018. С. 515.

³ См., например, апелляционное определение Свердловского областного суда от 15 мая 2018 г. по делу № 33-7087/2018; решение Протвинского городского суда Московской области от 15 июля 2019 г. № 2-186/2019 2-186/2019~М-153/2019 М-153/2019 по делу № 2-186/2019.

адекватным решением проблемы¹. С данной точкой зрения трудно согласиться. Дробная акция представляет собой несколько аномальное явление: с одной стороны, дробная акция – это все-таки не целая акция, а ее часть, и она предоставляет акционеру – ее владельцу права, предоставляемые акцией соответствующей категории (типа), в объеме, соответствующем *части* целой акции, которую она составляет, а с другой стороны, закон ее рассматривает как самостоятельный объект гражданских прав и в соответствии с п. 3 ст. 25 Закона об акционерных обществах дробная акция обращается наравне с целыми акциями. Существование дробных акций в качестве самостоятельных объектов гражданских прав на сегодняшний день оценивается неоднозначно и нередко подвергается критике, в частности, многие авторы отмечают, что это создает сложности для гражданского оборота, связанные с обращением таких акций, учетом прав на них и т.д.² Допущение же образования дробных акций в случае раздела наследниками наследственного имущества может привести к неконтролируемому разрастанию числа дробных акций, что может негативно сказаться на состоянии гражданского оборота. В связи с этим появление в законе нового основания для дробления акций не представляется подходящим вариантом решения проблемы.

Если обратиться к Концепции развития гражданского законодательства, то можно увидеть, что в ней предлагается вовсе отказаться от конструкции дробных акций, поскольку «понятие «дробная акция» не соответствует ни основным положениям законодательства, устанавливающим особенности правового режима ценных бумаг, ни гражданско-правовой доктрине в целом и концепции твердого уставного капитала в частности»³. Предполагается, что при дроблении акции ее бывшему владельцу должна быть выплачена денежная компенсация. Это означает, что в ситуации, когда при разделе наследства образуются дробные акции и возникает необходимость выплаты компенсации одному из наследников, необходимо руководствоваться положениями

¹ См.: *Бабич М.И.* Переход пакета акций по наследству // Юридическая судьба бизнеса при расторжении брака и наследовании: монография / Отв. ред. И.В. Ершова, А.Н. Левушкин. М., 2019. С. 263; *Кириллова Е.А.* Проблемы правового регулирования наследования акций в нотариальной практике // Российская юстиция. 2015. № 4. С. 6; *Степанов Д., Архипов Д.* Указ. соч. С. 75; *Увакина Т.В.* Указ. соч. С. 32–33.

² См.: *Долинская В.В.* Наследование акций // Наследственное право. 2006. № 1 (СПС «Консультант Плюс»); *Ротко С.В., Тимошенко Д.А.* Теоретические и практические проблемы наследования акций // Нотариус. 2008. № 1. С. 22–23.

³ Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 37.

п. 4 ст. 252 ГК РФ, в соответствии с которой несоразмерность имущества, выделяемого в натуре участнику долевой собственности, его доле в праве собственности устраняется выплатой соответствующей денежной суммы или иной компенсацией. Те акции, которые могут быть распределены между сонаследниками без раздробления, должны быть распределены. Акции же, которые невозможно распределить без их дробления, остаются в собственности одного из наследников, а остальным выплачивается компенсация их долей в праве собственности на данные акции.

Предлагаемое решение проблемы представляется более удачным, нежели рассматриваемое выше допущение возможности дробления акций. Вместе с тем и оно не является идеальным, поскольку остается открытым вопрос о том, кому из наследников должна быть выплачена компенсация, а кому — оставлены акции, которые невозможно распределить. В п. 36 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 8 от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Постановление Пленума ВС РФ, ВАС РФ № 6/8) указывается, что с учетом конкретных обстоятельств дела суд может передать неделимую вещь в собственность одному из участников долевой собственности, имеющему существенный интерес в ее использовании, независимо от размера долей остальных участников общей собственности с компенсацией последним стоимости их доли.

Однако в рассматриваемой ситуации следование данному разъяснению может оказаться затруднительным, даже несмотря на ориентиры, заданные в указанном пункте Постановления Пленума ВС РФ, ВАС РФ № 6/8. В нем разъясняется, что вопрос о том, имеет ли участник долевой собственности существенный интерес в использовании общего имущества, решается судом в каждом конкретном случае на основании исследования и оценки в совокупности представленных сторонами доказательств, подтверждающих, в частности, нуждаемость в использовании этого имущества в силу возраста, состояния здоровья, профессиональной деятельности, наличия детей, других членов семьи, в том числе нетрудоспособных, и т.д. Между тем в ситуации, когда речь идет об акциях, данное разъяснение порождает больше вопросов, чем ответов.

Например, один из наследников уже является акционером того общества, акции которого были переданы по наследству. Следует ли в таком случае сделать вывод, что его интерес в получении спорных

акций является более существенным? Или напротив, следует отдать предпочтение интересам того наследника, который ранее акционером не был? И как быть в ситуации, если ни один из наследников не является акционером? От ответа на данный вопрос может зависеть то, как будет распределено влияние наследников в акционерном обществе (в особенности это касается случаев смерти единственного акционера, на акции которого претендуют несколько наследников). Между тем наличие у суда столь широкого поля для усмотрения создает правовую неопределенность и увеличивает риски для наследников, поскольку в отсутствие более или менее четких критериев решение суда может оказаться непредсказуемым.

В связи с этим представляется возможным предложить следующий вариант решения проблемы: акции, которые не могут быть распределены между наследниками без образования дробных акций, должны быть переданы наследниками в собственность акционерного общества и в порядке, предусмотренном ст. 34 Закона об акционерных обществах, должны быть реализованы обществом в течение одного года после их приобретения, а в случае, если этого не произойдет, — погашены. При этом наследникам, акции которых перешли в собственность общества, должна быть выплачена компенсация пропорционально их долям в наследственном имуществе. Иное означало бы возможность лишения их собственности без равноценного возмещения, что противоречит ст. 35 Конституции РФ. Представляется, что обязанность общества приобрести акции должна быть закреплена в ст. 72 Закона об акционерных обществах, в которой определяются основания и порядок приобретения акционерным обществом размещенных акций.

Такое решение представляется выгодным для наследников, поскольку если между ними возникнет конфликт, вследствие которого окажется невозможным совместно осуществлять права по перешедшим по наследству акциям, то, во-первых, он в любом случае будет разрешен, а во-вторых, устранение конфликта не повлечет необоснованного нарушения баланса интересов бывших собственников. Что касается самого акционерного общества, то для него предлагаемое решение также оптимально, поскольку оно нивелирует угрозу неосуществления наследниками прав, вытекающих из обладания акциями общества, и, соответственно, угрозу фактического выбытия части акционерного капитала из гражданского оборота.

VI. МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

*Поликова Мария Игоревна,
аспирант Института законодательства
и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации*

Коллизионное регулирование трансграничной несостоятельности

Дела о несостоятельности лиц, ведущих экономическую деятельность на территории нескольких государств или имеющих имущество за пределами государства места нахождения, например известное дело Максвелл (*Maxwell Communication Corp.*), показали, насколько глубокими могут быть противоречия между различными системами правового регулирования отношений несостоятельности¹. По данному делу была признана несостоятельной компания с 400 дочерними предприятиями по всему миру. Судьи в США и Великобритании пытались совместно обеспечить равную защиту всех кредиторов в условиях, когда в указанных государствах очередность удовлетворения требований кредиторов различна. Оказалось, что даже хорошо разработанное законодательство отдельных государств далеко не во всех случаях может предложить эффективные способы решения проблем, возникающих с неспособностью транснациональных компаний выполнить свои долговые обязательства.

Существование достаточно разных подходов к регулированию отношений несостоятельности в разных государствах создает известные трудности в процессе разработки единых или согласованных правил рассмотрения дел о трансграничной несостоятельности.

Как отмечает Л.А. Лунц², даже при полном текстовом совпадении норм законодательства разных государств нельзя полностью исключить

¹ *Leonard B. Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations* / [Bruce Leonard, istopher Besant, eds.]. UK : Graham & Trotman, International Bar Assoc., 1994. P. 34.

² *Лунц Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. М., 2002. Т. 3. С. 34.*

возможность возникновения коллизионного вопроса. Кроме того, в результате применения нормы права могут появиться их различные интерпретации. Л.А. Лунц объясняет это тем, что банкротство не является простым институтом частного права, а поэтому в случае возникновения в составе правоотношений о несостоятельности иностранного элемента отсылка к внутреннему праву соответствующих стран мира не сможет решить весь комплекс возможных конфликтов норм права различных государств¹.

Как показывает практика рассмотрения дел о трансграничной несостоятельности, чаще всего встречаются две ситуации, связанные с рассмотрением дела о признании должника банкротом, в которых присутствует иностранный элемент. Первая – когда дело о банкротстве в отношении должника возбуждено в другой стране при отсутствии аналогичного «местного» производства или же дело о банкротстве возбуждено в стране места нахождения должника, однако имеются зарубежные активы, подлежащие включению в конкурсную массу должника; и вторая – когда возникает необходимость принять согласованные действия в рамках производств о признании лица банкротом, возбужденных на территории нескольких стран.

Допустим, в одном суде происходит ликвидация, а в другом возбуждена процедура санации, которая дает больше шансов кредиторам получить удовлетворение своих требований из будущих доходов после восстановления платежеспособности и позволяет сохранить занятость работников (известные прокредиторские и продолжниковые режимы законодательства о несостоятельности).

Невозможность решения конфликтов норм законодательства ряда государств в деле о несостоятельности может иметь негативные последствия для кредиторов и других участников в трансграничном деле.

В таких делах, в частности, кредиторы, которые являются субъектами права иностранного государства, могут лишиться юридических средств защиты своих интересов (например, не смогут по разным причинам принять участие в судебном производстве, возбужденном в другой стране), имущество должника, находящееся на территории другой страны, может не войти в конкурсную массу; может быть ограничена возможность возбуждения дела о банкротстве в отношении иностранного гражданина²; могут возникать проблемы выполнения

¹ Лунц Л.А. Указ. соч. С. 32.

² Подробнее см.: Шукин А.И. Международная подсудность дел о банкротстве иностранных граждан: неурегулированные вопросы российского законодательства // Право

своих функций ликвидаторами, назначенными в деле, за пределами границ страны суда. Кроме того, в таких ситуациях возникает неопределенность в проведении возбужденных процедур, увеличиваются расходы, связанные с рассмотрением дела, а также, что хуже всего, это может парализовать производственную деятельность перспективных предприятий и заблокировать принятие и исполнение важных решений, направленных на восстановление платежеспособности должника по возбужденному делу о банкротстве.

При отсутствии материально-правовых норм в сфере регулирования этих отношений и в случае возникновения конфликта норм законодательства различных стран в деле о банкротстве суд или другой компетентный орган обращается к коллизионным нормам, на основании которых судья и определяет, право какой страны будет регулировать отношения по соответствующему делу.

С целью разрешения конфликтов, возникающих в трансграничных делах о банкротстве, в арсенале международного частного права существует привязка, которая направлена исключительно на решение коллизий в таких правоотношениях. Привязка *lex fori concursus* отсылает к праву страны, в которой возбуждено производство по делу о банкротстве¹. Именно такая формула была взята в качестве базовой в Конвенции о производстве по делам о несостоятельности от 23 ноября 1995 г.², заключенной странами — членами Европейского союза, однако так и не вступившей в силу. Далее эта привязка была использована в Регламенте Совета ЕС 1346/2000 от 29 мая 2000 г, на смену которому пришел Регламент 2015/848 (*Recast EIR*)³ о процедурах несостоятельности, который сегодня является основным консолидированным нормативным актом прямого действия на территории Европейского союза. Указанная привязка включается в тексты международных до-

и экономика: междисциплинарные подходы в науке и образовании: материалы конф.: в 4 ч. М., 2017. Ч. 3. С. 54–59.

¹ *Neilsen A.* The Cross-Border Insolvency Concordat : Principles to Facilitate the Resolution of International Insolvencies / Anne Neilsen, Mike Sigal, Karen Wagner // *American Bankruptcy Law J.* 1996, Fall. No. 70. P. 540.

² Convention on Insolvency Proceedings of 23 November 1995. Council Document CONV/INSOL/X1, reproduced in OJ C 279, 11.1995 P. 0499. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/ALL/?uri=CELEX:51999IP0234\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/ALL/?uri=CELEX:51999IP0234(01)) (дата обращения: 12.05.2020).

³ Regulation 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings [2000] OJ L160/1. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32000R1346>; Regulation (EU) 2015/848 of The European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on Insolvency Proceedings [2015] OJ L141/19 5.6.2015. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848> (дата обращения: 12.05.2020).

кументов, однако в национальном законодательстве стран мира она пока не нашла широкого применения.

Регламент Совета ЕС 1346/2000, по сути, начал коллизионное регулирование отношений несостоятельности, в которых присутствует иностранный элемент, в рамках международного частного права. Этот документ содержит унифицированные коллизионные нормы в сфере трансграничных банкротств.

Право страны, на территории которой возбуждено производство по делу о банкротстве, определяет основания, необходимые для возбуждения производства по делу о банкротстве и открытия отдельных процедур банкротства, порядок их осуществления и прекращения¹.

Это комплекс правовых норм, например, устанавливается круг лиц, в отношении которых могут быть применены процедуры банкротства, признаки (критерии) несостоятельности и основания возбуждения производства по делу о банкротстве, права и обязанности сторон и участников в деле о банкротстве, правовое положение арбитражного управляющего (ликвидатора), правовой статус конкурсной массы, типы процедур банкротства и правила их проведения, а именно начало, прекращение и правовые последствия, очередность удовлетворения требований кредиторов, вступление кредиторов в возбужденное дело о банкротстве, условия признания договоров недействительными, участие иностранных кредиторов по возбужденному делу и др.

Указанные правоотношения регулируются нормами законодательства о банкротстве, однако по делам о трансграничной несостоятельности обычно возникают другие коллизионные вопросы, которые находятся в прямой зависимости от характера правоотношений между должником и кредиторами². Например, это могут быть отношения между работниками и организацией-должником.

Дела о трансграничной несостоятельности являются чрезвычайно сложными, так как в данной категории дел совпадают различные имущественные интересы, которые базируются на разных по своей сути правоотношениях. Как результат, проблемы оказываются многогранными и сложными для решения, а при рассмотрении дела о признании должника несостоятельным может потребоваться применение норм

¹ Международное частное право: учебник / В.Н. Борисов, Н.В. Власова, Н.Г. Дорони-на и др.; отв. ред. Н.И. Марышева. 4-е изд., перераб. и доп. М.: ИЗИСП, 2018. С. 814.

² См.: Рязузов А.А. Правовое регулирование трансграничной несостоятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. М., 2008. С. 16.

других сфер законодательства, а не только норм законодательства о банкротстве.

Согласно известному в банкротном праве принципу *vis attractive concursus* национальный суд, в котором открыто производство, должен рассматривать не только дело о банкротстве лица, но и решать все иные споры, которые могут возникнуть из этих правоотношений¹.

Понятно, что *lex fori concursus* не может быть единственной коллизионной привязкой, решающей коллизию путем отсылки к компетентному правопорядку в случаях трансграничной несостоятельности.

Как уже отмечалось, по делам о банкротстве предметом изучения являются различные правоотношения, будучи объектом регулирования различных сфер законодательства. Это корпоративные отношений, трудовые отношения, право собственности на движимое и недвижимое имущество и др. Иностраный элемент может присутствовать и в этих правоотношениях, связанных с решением имущественных проблем путем признания лица банкротом.

Предусмотреть все возможные формы проявления иностранного элемента в комплексе отношений, связанных с несостоятельностью, сложно.

Однако для выяснения возможности применения отдельных коллизионных норм в случае конфликта норм законодательства в имущественных отношениях, когда инициируется возбуждение производства по делу о банкротстве, уместно дать обзор отдельных привязок, известных в международном частном праве.

Известно, что в отношениях несостоятельности неисполнение обязательств, предусмотренных договором, становится основанием для возбуждения дела о банкротстве. Кроме того, в таких делах могут быть оспорены отдельные договоры с признанием их недействительными. Рассмотрение таких заявлений, как правило, происходит в рамках процедуры банкротства.

В договорном праве распространенной привязкой является *lex loci actus*, которая отсылает к правопорядку страны места совершения гражданско-правового акта. Другой важной коллизионной привязкой в договорном праве является *lex loci contractus*. В зависимости от вида гражданско-правового акта место совершения акта в соответствующем законе может быть конкретизировано, например, по договорам

¹ См.: Soriano M. The European Insolvency Regulation: Law and Practice / Miguel Soriano, Francisco Garcimartín, Francisco Alférez. The Netherlands: Kluwer Law Intern., 2004. P. 58.

купли-продажи, подряда, бартера и т.п. В качестве примера можно сослаться на привязку *lex venditoris* – отсылка происходит к закону страны места нахождения продавца. Привязка, отсылающая к закону места исполнения обязательства (*lex loci solutionis*), как правило, применяется к договорам, по которым осуществляется поставка товаров или услуг.

В соответствии со ст. 1211 ГК РФ при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве, если иное не предусмотрено названным Кодексом или другим законом, к договору применяется право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Стороной, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, признается сторона, являющаяся, в частности: продавцом – в договоре купли-продажи; дарителем – в договоре дарения; арендодателем – в договоре аренды; ссудодателем – в договоре безвозмездного пользования; подрядчиком – в договоре подряда; перевозчиком – в договоре перевозки; экспедитором – в договоре транспортной экспедиции; займодавцем (кредитором) – в договоре займа (кредитном договоре); финансовым агентом – в договоре финансирования под уступку денежного требования; банком – в договоре банковского вклада (депозита) и договоре банковского счета; хранителем – в договоре хранения; страховщиком – в договоре страхования; поверенным – в договоре поручения; комиссионером – в договоре комиссии; агентом – в агентском договоре; исполнителем – в договоре возмездного оказания услуг; залогодателем – в договоре о залоге; поручителем – в договоре поручительства.

В рассматриваемой сфере правового регулирования также используется правило, согласно которому в определенных конфликтных ситуациях происходит отсылка к праву страны, с которой соответствующие правоотношения имеют тесную связь (*proper law of the contract*). При установлении такой связи обычно обращаются к толкованию положений договора.

Говоря о договорных отношениях, которые являются предметом исследования в возбужденном производстве по делу о банкротстве в случае неисполнения обязательства, следует вспомнить основополагающий в международном частном праве принцип автономии воли сторон (*lex voluntatis*). Автономия воли является признанным принципом международного частного права, согласно которому участники правоотношений, осложненных иностранным элементом, могут осуществить выбор применимого права.

Следует отметить, что в сфере договорного права происходит унификация коллизионных норм при внесении их в тексты международных многосторонних договоров, примером служит Конвенция 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам (*Convention 80/934/EEC of the Law Applicable to Contractual Obligations*)¹.

Учитывая практику, касающуюся права выбора участниками имущественных отношений правопорядка, который будет применяться к частноправовым отношениям, в ходе проведения настоящего исследования не было выявлено таких случаев в сфере трансграничных банкротств. Это может быть легко объяснено: дела о банкротстве рассматриваются по правилам процессуального законодательства, нормы которого в международном частном праве имеют особый статус — они обычно признаются императивными.

Выбор правопорядка в договорных правоотношениях, целью которого является определение права, применимого в случаях неисполнения обязательств при несостоятельности, может иметь далеко идущие последствия. От того, какой будет выбран подход при рассмотрении дела о трансграничной несостоятельности, будет зависеть успех выполнения задач по рассмотрению дел о банкротстве и в конечном счете обеспечения защиты имущественных прав участников в таком деле.

Вопросы права собственности по делам о банкротстве имеют ключевое значение. В деле о банкротстве имущество приобретает особый статус конкурсной массы. Обычно когда говорят о трансграничных банкротствах, то имеют в виду ситуацию, в которой имущество должника, в отношении которого возбуждено производство о признании его банкротом, находится на территории нескольких государств.

В этой сфере правового регулирования достаточно долго господствовала точка зрения, согласно которой в случае несостоятельности должника требования кредиторов должны ограничиваться имуществом должника, находящимся под юрисдикцией органа, установившего факт несостоятельности. Однако бизнес-интересы компании могут быть гораздо более широкими и далеко выходить за пределы территории страны, с которой лицо имеет связь (гражданство или место нахождения)².

¹ Convention of the Law Applicable to Contractual Obligations 80/934/EEC // Official J. 1980. L 266. P. 0012–0029.

² *Fletcher I. Insolvency in Private International Law: National and International Approaches.* Oxford: Clarendon Press, 1999. P. 4.

Поэтому с развитием современной доктрины международного частного права и появлением глубоких исследований в области трансграничных банкротств стали достаточно эффективно использоваться новые подходы в практике разрешения конфликтов в сфере имущественных прав.

Что касается недвижимого имущества, то к этим отношениям с иностранным элементом применяется привязка, согласно которой происходит отсылка к закону страны нахождения вещи (*lex rei sitae*). Эта привязка в большинстве стран мира признается императивной исходя из особого правового статуса недвижимого имущества. Учитывая анализ судебной практики по такой категории дел, трудно надеяться на то, что коллизионные нормы с такой привязкой решат все проблемы в деле о банкротстве, поскольку отношения права собственности являются только частью сложных экономических связей, возникающих между должником и кредиторами в случае невыполнения обязательств и связанных с возникновением задолженности.

Говоря о коллизионных нормах по определению права, применимого к упомянутым выше и многим другим правоотношениям, следует отметить, что эти привязки применяются в случае существования спора. Известно, что в деле о банкротстве судопроизводство инициируется при отсутствии спора. Именно это становится определяющим при установлении методов, используемых для разрешения коллизий правовых систем.

В случаях, когда в суд обращаются только иностранные кредиторы с требованиями относительно имущества должника, которое находится на территории соответствующей страны, дело обычно рассматривается по закону *lex fori*. Даже если заявление о признании лица несостоятельным подается иностранцами, то и в таком случае применяется известное правило международного частного права *lex fori*, согласно которому дело будет рассматриваться в суде, в который подано заявление о возбуждении дела, и в соответствии с законодательством страны суда.

Существующая практика разрешения конфликтов норм законодательства по делам о банкротстве, в которых присутствует иностранный элемент, свидетельствует о том, что суд, как правило, применяет законодательство «своей» страны, несмотря на иностранный элемент в составе соответствующих правоотношений¹. Это соответствует современной доктрине международного частного права, которая стоит

¹ Луцц Л.А. Указ. соч. С. 232.

на том, что деятельность органов юстиции регулируется исключительно законодательством государства, в котором принимается соответствующее решение: речь не идет о гражданско-правовых отношениях, и поэтому не может подниматься вопрос о применении коллизионной нормы в случае выбора права, в соответствии с которым должно рассматриваться дело о банкротстве. Согласно этой формуле суд или другой орган, компетентный рассматривать такие дела, должны руководствоваться правом своей страны. Важно отметить, что этот принцип зафиксирован в международных документах: Гаагской конвенции о гражданском процесс 1954 г. (ст. 14), Кодексе Бустаманте (ст. 314) и, как правило, в договорах о правовой помощи¹.

Таким образом, право, к которому отсылает *lex fori concursus*, определяет так называемый устав трансграничного банкротства², устанавливающий круг лиц, в отношении которых могут быть применены процедуры банкротства, основания для возбуждения дела о банкротстве, права и обязанности сторон и участников дела о банкротстве, правовое положение арбитражного управляющего (ликвидатора), формирование конкурсного имущества, типы и правила проведения предусмотренных процедур, очередность удовлетворения требований конкурсных и других кредиторов, условия признания сделок недействительными и др.

Это позволяет сделать вывод о том, что применение коллизионного метода регулирования отношений несостоятельности с иностранным элементом является проявлением экстерриториального действия норм права.

Однако стоит обратить внимание на необходимость согласования на международном уровне норм о трансграничной несостоятельности, что будет способствовать признанию и приведению в исполнение иностранных решений по делам о несостоятельности и, как следствие, развитию международной торговли и росту инвестиций³.

¹ См.: Луниц Л.А. Указ. соч. С. 770.

² См.: Бірюков О.М. Транскордонні банкрутства в системі міжнародних економічних відносин: транснаціональні корпорації і банкрутство // Вісник Академії адвокатури України. 2009. Число 1. С. 57.

³ См.: Хлестова И.О., Шукин А.И. Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений, принятых в связи с производством по делам о банкротстве, в свете Типового закона ЮНСИТРАЛ 2018 г. // Журнал российского права. 2020. № 1. С. 139.

Научное издание

МОДЕРНИЗАЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Сборник материалов к XV Ежегодным научным чтениям,
посвященным памяти профессора С.Н. Братуся

Подписано в печать 01.10.2020. Формат 60×90 ¹/₁₆. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Усл. печ. л. 16,62. Тираж 200 экз.
Заказ №

Издательство «Статут»:
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;
тел./факс: +7(495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
www.estatut.ru

Отпечатано в АО «Т8 Издательские Технологии».
109316, Москва, Волгоградский пр., д. 42, корп. 5.
Тел.: 8 (499) 322-38-30

ISBN 978-5-8354-1690-5



Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

В предлагаемом читателю сборнике материалов содержатся статьи по актуальным проблемам модернизации гражданского права. Сборник охватывает проблематику субъектов гражданского права (граждан и юридических лиц), права собственности, обязательственного права, наследственного права, международного частного права.

Особое внимание уделено изменениям зарубежного законодательства в такой динамичной сфере гражданско-правового регулирования, как обязательственные отношения, включая электронную торговлю цифровым контентом, а также реформированию опеки и попечительства, связанному с пересмотром отношения к ментальным инвалидам и реализации ими правоспособности.

Многие предлагаемые авторами подходы являются дискуссионными, что обусловлено самой заявленной темой, которая изначально предполагает поиск новых идей, рожденных в научном споре.

Для научных работников, преподавателей, аспирантов, практикующих юристов, а также для всех, кто интересуется частным правом.

