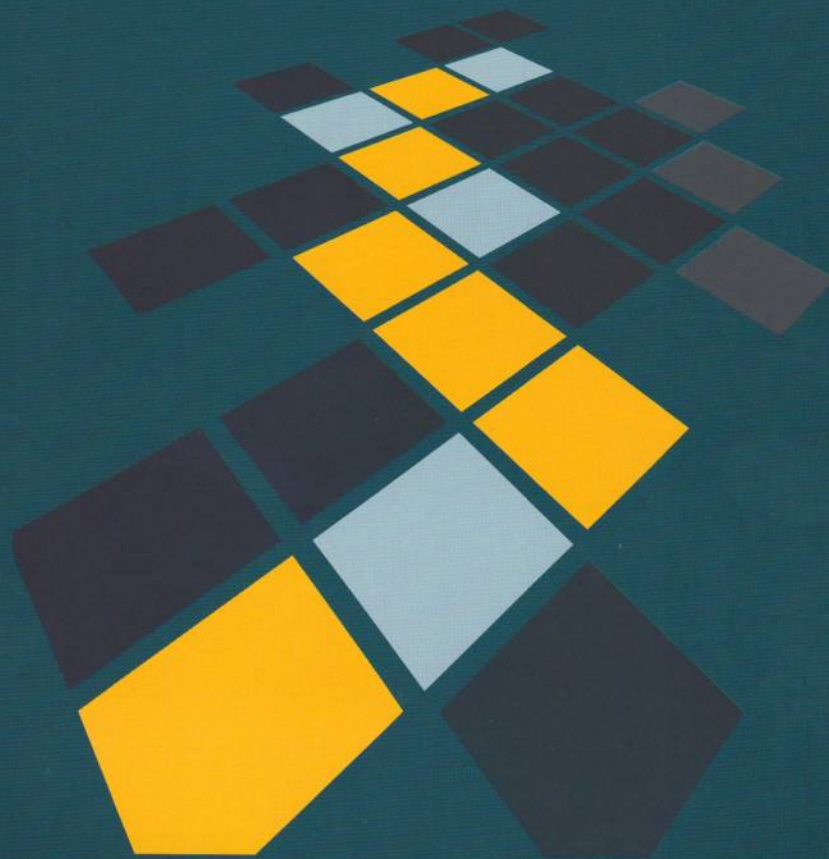




юрист
издательская
группа



АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ
НАУКИ И ПРАКТИКИ

ЭКСПЕРТИЗА

НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ
(БАНКРОТСТВО)

ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС
ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

У НАС В ГОСТЯХ

№ 1/2021

ISSN 1812-383X



9 771812 383773 >

АРБИТРАЖНЫЙ И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

Арбитражный и гражданский процесс

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКОЕ И ИНФОРМАЦИОННОЕ ИЗДАНИЕ. Зарегистрировано в Федеральной службе по надзору в сфере массовых коммуникаций, связи и охраны культурного наследия.
ПИ № ФС77-29216 от 23 августа 2007 г. Журнал выходит с 1998 г. Издается ежемесячно

№ 1/2021

Содержание

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ НАУКИ И ПРАКТИКИ

3 Рехтина И.В. Принцип *non bis in idem* в механизме обеспечения правовой определенности гражданского судопроизводства Российской Федерации

10 Соловьева Т.В. Мирное урегулирование спора — новая задача гражданского судопроизводства

14 Наумов В.В. Использование адвокатом информационных инструментов в процессе досудебной подготовки к участию в арбитражном споре

19 Вифлянцева А.О. О мерах предварительной защиты по делам об оспаривании нормативных правовых актов замолвите слово

ЭКСПЕРТИЗА

24 Лобурев С.Н. Актуальные проблемы назначения и проведения судебных экспертиз по гражданским делам с использованием записей метрических книг

29 Зернов С.И. К вопросу о рецензировании заключения эксперта по исковым производствам в гражданском и арбитражном процессах

НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ (БАНКРОТСТВО)

36 Белясов С.Н., Щербинина И.В. Руководитель и иные контролирующие должника лица как субъекты субсидиарной ответственности в процессе банкротства: понятие и квалифицирующие признаки

42 Лысенко А.И. Право кредиторов на выбор кандидатуры арбитражного управляющего: анализ правовых позиций арбитражной практики

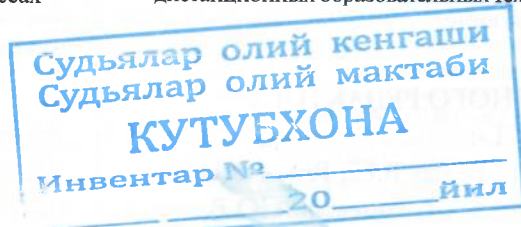
47 Коренная А.А. Определение размера ущерба, причиненного преднамеренным банкротством (ст. 196 Уголовного кодекса Российской Федерации)

ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

52 Жаркова О.С. Гражданско-процессуальный аспект защиты права отдельно проживающего родителя на участие в воспитании ребенка. Немецкий опыт

У НАС В ГОСТЯХ

57 Табак И.А. Адаптация обучающихся и преподавателей в условиях перехода на новую образовательную модель высшего образования с использованием дистанционных образовательных технологий



ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР:

Ярков В.В., доктор юридических наук,
профессор, заслуженный деятель науки РФ

ЗАМЕСТИТЕЛЬ**ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА,****РЕГИОНАЛЬНЫЙ РЕДАКТОР:**

Долганичев В.В., кандидат юридических
наук, доцент

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ:

Арифудин А.А., профессор, заслуженный
юрист РФ;

Витрянский В.В., доктор юридических наук,
профессор, заслуженный юрист РФ;

Жилин Г.А., доктор юридических наук,
профессор, заслуженный юрист РФ;

Исайчев В.И., заслуженный юрист РФ;

Носырева Е.И., доктор юридических наук,
профессор;

Осокина Г.Л., доктор юридических наук,
профессор;

Ренов Э.Н., кандидат юридических наук,
профессор;

Сахнова Т.В., доктор юридических наук,
профессор;

Треушников М.К., доктор юридических
наук, профессор;

Туманова Л.В., доктор юридических наук,
профессор;

Шерстюк В.М., доктор юридических наук,
профессор;

Юков М.К., доктор юридических наук,
профессор

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР ИГ «ЮРИСТ»:

Гриб В.В., доктор юридических наук,
профессор, чл.-корр. РАО,
заслуженный юрист РФ

ЗАМ. ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА**ИГ «ЮРИСТ»:**

Бабкин А.И., Белых В.С., Ренов Э.Н.,

Платонова О.Ф., Трунцевский Ю.В.

РЕДАКЦИЯ:

Лаптева Е.А., Соловьева Д.В.

НАУЧНОЕ РЕДАКТИРОВАНИЕ

И КОРРЕКТУРА: Швечкова О.А., к.ю.н.

Учредитель:

Издательская группа «Юрист»

ЦЕНТР РЕДАКЦИОННОЙ**ПОДПИСКИ:**

Тел. / факс: (495) 617-18-88

(многоканальный)

E-mail: podpiska@lawinfo.ru

Телефон редакции: (495) 953-91-08

АДРЕС ИЗДАТЕЛЬСТВА /**РЕДАКЦИИ:**

115035, г. Москва,

Космодамианская наб., д. 26 / 55, стр. 7.

E-mail для авторов: avtor@lawinfo.ru

ПОДПИСНОЙ ИНДЕКС:

Объединенный каталог. Пресса России —
85473;

Почта России. Электронный каталог — П1715.

Подписка на www.lawinfo.ru

Номер подписан в печать: 24.12.2020.

Номер вышел в свет: 14.01.2021.

ISSN 1812-383X

Отпечатано в типографии

«Национальная полиграфическая группа».

248031, г. Калуга, ул. Светлая, д. 2.

Тел.: (4842) 70-03-37.

Формат 170x252. Печать офсетная.

Физ. печ. л. 5,0. Усл. печ. л. 5,0.

Общий тираж 4000 экз. Цена свободная.

Журнал включен в базу данных

Российского индекса научного

цитирования.

Рехтина Ирина**Владимировна,**

доцент кафедры трудового, экологического права и гражданского процесса Алтайского государственного университета, докторант Института государственной службы и управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (РАНХиГС), кандидат юридических наук
jerde180@mail.ru

DOI: 10.18572/1812-383X-2021-1-3-9

Принцип *non bis in idem* в механизме обеспечения правовой определенности гражданского судопроизводства Российской Федерации

В статье на основе анализа процессуальных норм, национальной судебной практики исследуется специфика применения правила *non bis in idem* при формировании правовой определенности гражданского судопроизводства Российской Федерации. Акцентируется внимание на необходимости законодательного закрепления конструкции *non bis in idem* в процессуальных кодексах и расширения применения механизма *non bis in idem* правоприменительной деятельности.

Ключевые слова: правосудие, гражданское судопроизводство, *non bis in idem*, правовая определенность, правоприменение, судебная практика.

Правило *non bis in idem* сопряжено с известными в науке и практике категориями *res judicata*, *estoppel*, *lis pendens*¹. Несмотря на большее распространение в сфере уголовных и уголовно-процессуальных отношений², данный механизм имеет все основания эффективно применяться в области гражданского судопроизводства.

Правило *non bis in idem* имеет основополагающее значение и рассматривается как фундаментальный принцип и неотъемлемая часть современных стандартов правосудия³. Общепризнанный статус данного принципа неоднократно подчеркивался в постановлениях Европейского суда по правам человека.

¹ *Ne bis in idem* (лат.) — недопустимость повторного судебного преследования за одно и то же правонарушение.

² См.: Ключников А.Ю. Административное и уголовное преследование в свете запрета двойной наказуемости: *non bis in idem* в практике международных судов // Российский судья. 2017. № 12. С. 46–51; Андрусенко С.П. Восстановление социальной справедливости и назначение соразмерного наказания в контексте принципа *non bis in idem* // Журнал российского права. 2015. № 2. С. 102–111.

³ См.: Игнатенко Г.В. Запрет повторного привлечения к ответственности (*non bis in idem*) как общий принцип права // Российский юридический журнал. 2005. № 1. С. 87–91.

В частности, в Постановлении по делу «Лимбургсе Винил Матсхаппей НВ (LVM) и другие против Комиссии» ((Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) and others v. Commission), C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P & C-254/99, § 59, 15 октября 2002 г.) указывается: «...Принцип *non bis in idem*, являющийся фундаментальным принципом права Европейского союза, также отраженный в пункте 1 статьи 4 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в антимонопольных вопросах препятствует повторному признанию виновным предприятия или возбуждению против него разбирательства по основаниям неконкурентного поведения, в связи с которыми к нему уже были применены санкции или оно было освобождено от ответственности ранее принятым необжалуемым решением»⁴.

В сфере конкурентного права применяется следующий подход для проверки

⁴ См.: Дело «Лимбургсе Винил Матсхаппей НВ (LVM) и другие против Комиссии» (Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) and others v. Commission, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P & C-254/99, § 59, 15 октября 2002 г.). URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:323:0009:0009:EN:PDF>

соответствия принципу *non bis in idem*: применение этого принципа регулируется триединым условием тождества фактов, единства нарушителя и единства защищаемого правового интереса. Следовательно, согласно этому принципу к одному и тому же лицу не может быть более одного раза применена санкция за однократное незаконное поведение, рассчитанная на защиту одного и того же правового актива⁵.

Транслируемый на конвенциональном уровне фундаментальный подход к правилу *non bis in idem* разделяется на внутрисударственном уровне Российской Федерации.

В частности, в постановлениях Конституционного Суда РФ отражена значимость общепризнанных принципов права⁶, которые имеют универсальное значение и формируют основу национального конституционного порядка.

Одним из таких принципов является правило *non bis in idem*, которое получило закрепление в ст. 50 (ч. 1) Конституции Российской Федерации. Конституционный Суд Российской Федерации подчеркивает, что правило *non bis in idem* имеет общее значение и распространяется на все отрасли российского законодательства, разновидности правонарушений и ответственности⁷.

Российские суды, рассматривая дела в порядке гражданского судопроизводства, также используют принцип *non bis in idem* при рассмотрении конкретных дел⁸.

Например, в Постановлении ФАС Волго-Вятского округа от 17 февраля 2014 г. по делу № А43-2126/2013, оставленном без изменения судом надзорной инстанции⁹, содержится указание, что такое положение вещей означало бы, что администрация, нарушив прямой запрет ст. 310 кодекса, в одностороннем порядке отказалась от обязательств продавца и в обход специальных процедур, предусмотренных Федеральным законом от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», получила преимущество перед другими кредиторами общества, а общество, вопреки общеправовому принципу *non bis in idem* (Постановление Европейского суда по правам человека от 7 января 2004 г. по делу «Олборг Портленд и другие против Комиссии»), понесло двойную ответственность за несвоевременное исполнение обязательств по договору купли-продажи земельного участка¹⁰.

В другом деле Судебная коллегия Верховного Суда Российской Федерации указала, что ответственность за деяние наступает при наличии состава право-

⁵ См.: Дело «Олборг Портленд и другие против Комиссии» (Aalborg Portland and others v. Commission, C-204/00P, 205/00P, 211/00P, 213/00P, 217/00P, 219/00P, § 338, 7 января 2004 г.). URL: <https://www.coursehero.com/file/p29g4cl/Aalborg-Portland-and-Others-v-Commission-2004-ECR-I-123-para-338-in-the-context/>

⁶ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 27 февраля 2020 г. № 312-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Бояринцева Игоря Сергеевича на нарушение его конституционных прав статьей 319 Уголовного кодекса Российской Федерации». URL: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-27022020-n-312-o/>

⁷ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 4 февраля 2019 г. № 8-П по делу о проверке конституционности статьи 15.33.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой гражданки У.М. Эркеновой // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2019. № 2.

⁸ См., например: Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 1 ноября 2019 г. № 11АП-18105/2019 по делу № А72-19672/2016 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 6 августа 2019 г. № 15АП-8395/2019 по делу № А32-25686/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ См.: Определением ВАС РФ от 21 мая 2014 г. № ВАС-5743/14 по делу № А43-2126/2013 в передаче дела в Президиум ВАС РФ отказано, поскольку суд сделал правильный вывод о том, что ранее истцом в рамках другого дела был предъявлен и удовлетворен судами иск о взыскании задолженности по договору купли-продажи, новое требование заявлено в обход специальных правил, предусмотренных Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)», и направлено на получение преимущества перед другими кредиторами, истец не был лишен возможности защищать муниципальные интересы не в ущерб правам и интересам других хозяйствующих субъектов // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 17 февраля 2014 г. по делу № А43-2126/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

нарушения, которое предусмотрено ч. 1 ст. 6.7 Кодекса г. Москвы об административных правонарушениях (общество было привлечено к административной ответственности); ответственность же, установленная в п. 7.4 договора, наступила за совершение ответчиком одного деяния при одних и тех же фактических обстоятельствах. Соответственно, повторное применение к обществу меры за его совершение противоречит положениям, закрепленным в ст. 50 Конституции Российской Федерации.

При таких фактических обстоятельствах судебная коллегия пришла к выводу, что взыскание с ответчика штрафа по договору, при наличии вынесенного и не оспоренного стороной постановления о назначении административного наказания по делу № 4313У/9056661-18, приведет к повторному привлечению общества к ответственности и двойному взысканию штрафа за одно нарушение¹¹.

Принцип *non bis in idem* применяется при выборе способа защиты нарушенного права и определении размера взыскиваемого вреда.

Так, в Апелляционном определении Нижегородского областного суда от 2 октября 2018 г. по делу № 33-11610/2018 содержится указание, что применительно к данному делу, определяя справедливый и соразмерный допущенному нарушению обязательства размер возмещения вреда (размер убытков), суд первой инстанции правомерно исходил из того, что принцип полного возмещения вреда исключает нарушение общего принципа недопустимости возложения ответственности дважды за одно и то же (*non bis in idem*)¹².

Одним из аспектов применения правила *non bis in idem* в сфере гражданской юрисдикции является квалификация в определенных случаях Европейским судом по правам человека надзорного про-

изводства в качестве повторного рассмотрения дела (повторной ответственности) и, как следствие, противоречащего принципу *non bis in idem*¹³.

Так, Европейский суд по правам человека в своем Постановлении от 29 января 2009 г. по делу «Червоненко против Российской Федерации» указал применительно к существовавшему на тот период надзорному производству, что, если протест удовлетворен и производство возобновляется для дальнейшего рассмотрения, окончательный результат надзорной процедуры может заключаться в отмене всех ранее принятых решений судов и разрешении обвинений в новом решении. В связи с этим последствия надзорной процедуры совпадают с пересмотром дела, поскольку оба составляют форму продолжения предшествующего производства. Европейский суд считает, что для целей *non bis in idem* (недопустимость повторного наказания) надзорное производство может считаться особым видом пересмотра дела, подпадающим под действие п. 2 ст. 4 Протокола № 7 к Конвенции¹⁴.

Особенное значение правило *non bis in idem* приобретает при делящихся деликтах, делящемся неисполнении обязательства и т.п.

Данная проблема всегда волновала правоведов. Обращаясь к истории вопроса, следует подчеркнуть, что в своей известной работе 'Programa del corso di diritto penale' Франческо Каррара (Francesco Carrara) дал исчерпывающее определение понятия «продолжаемое правонарушение (преступление)»¹⁵, обосновав его наличием интеллектуального фактора, то есть существованием одной и той же единой идеи, лежащей в основе

¹¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13 ноября 2019 г. № 09АП-57747/2019-ГК по делу № А40-145676/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

¹² Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 2 октября 2018 г. по делу № 33-11610/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

¹³ Постановление ЕСПЧ от 27 июля 2006 г. по делу «Фадин (Fadin) против Российской Федерации» (жалоба № 58079/00) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2007. № 11.

¹⁴ Постановление ЕСПЧ от 29 января 2009 г. по делу «Червоненко (Chervonenko) против Российской Федерации» (жалоба № 54882/00) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2009. № 12.

¹⁵ См.: Francesco Carrara. Programa del corso di diritto penale. 1874. § 536.

всех его деяний¹⁶. Именно это определение было включено в ст. 81 Уголовного кодекса Италии 1930 г., известного как Кодекс Рокко¹⁷.

Сталкиваясь с проблемой последовательно совершенных деяний, объединенных общей целью, французская доктрина, во главе которой стоял генеральный прокурор при Кассационном суде Франции Фостен Эли (Faustin Helie), стала придерживаться той же позиции, что и итальянская. Новизна подхода Эли заключалась в процессуальном выводе, который он сделал из итальянской доктрины: если человеку предъявляется обвинение в совершении одного или нескольких отдельных деяний, образующих продолжаемое правонарушение, ему нельзя предъявить обвинение еще раз, для того чтобы судить его за другие отдельные деяния, образующие продолжаемое преступление, которые не были приняты во внимание при первом рассмотрении дела¹⁸. Обсуждать эти вопросы в рамках второго судебного разбирательства запрещает принцип *non bis in idem*¹⁹.

Впоследствии в Уголовном уложении Баварии под влиянием Фейербаха стало проводиться различие между *wiederholtes*

Verbrechen, «повторным преступлением», за которое полагалось несколько наказаний, если деяния правонарушителя имели разные объекты, и *fortgesetztes Verbrechen*, «продолжаемым преступлением», за которое полагалось единое наказание, если у деяний правонарушителя был один и тот же объект (*an demselben Gegenstande oder an einer und derselben Person*).

Соответственно, в европейской правовой традиции нормы о совокупности преступлений (правонарушений, деликтов, неисполнения обязательств) (*concursum delictorum*) находятся в строгой зависимости от следующих факторов: принципа законности с точки зрения как принципа *nullum crimen sine lege praevia*²⁰, так и принципа *nulla poena sine lege praevia*²¹, а также принципа *non bis in idem*, который запрещает неоднократное преследование или наказание правонарушителя за один и тот же проступок, а, следовательно, применяется к повторному наказанию за то же самое правонарушение в рамках одного или нескольких последовательных судебных разбирательств.

Однако необходимо разграничивать правила применения принципа *non bis in idem* к делящимся правонарушениям и повторяющимся правонарушениям. Данный аспект подчеркивается и Европейским судом по правам человека, который в своем постановлении от 24 июня 2003 г. по делу «Роже Гароди (Roger Garaudy) против Франции» цитирует постановление Кассационного Суда Франции и указывает, что, «поскольку публикация является элементом совершения нарушения против законодательства о печати, любое воспроизведение в опубликованной периодике текста, который уже опубликован, составляет, независимо от языка, новое нарушение. Соответственно, в отсутствие наруше-

¹⁶ Как и предлагал Каррара, в ст. 81 говорилось о «том же рисунке преступления» (*mismo disegno criminoso*). По мнению Каррары, различные преступные деяния правонарушителя объединяет не субъективный фактор умысла (*dolus*), а интеллектуальный фактор, то есть существование одной и той же одиозной идеи, лежащей в основе всех его деяний. Манзини (Manzini) говорил об одном и том же преступном замысле, Карнелутти (Carnelutti) — об одном и том же интересе, а Леон (Leone) — об одном и том же стремлении, однако эти различные формулировки были не более чем вариантами субъективной доктрины Каррары. См.: Gian Domenico Pisapia. *Reato continuato*. 1938. P. 111 et seq.

¹⁷ См.: Постановление ЕСПЧ от 27 января 2015 г. по делу «Рохлена (Rohlena) против Чешской Республики» (жалоба № 59552/08) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2018. № 1.

¹⁸ См.: Faustin Helie. *Traite de l'instruction criminelle*. 1848. V. III. P. 587 et seq.

¹⁹ Об истории развития законодательства Германии относительно *non bis in idem* см.: Koch. *Institutiones Iuris Criminalis*. 1758; Feuerbach. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland Peinlichen Rechts*. 1801. § 152; Mittermaier. *Über den Unterschied*. P. 242.

²⁰ *Nullum crimen sine lege praevia* (лат.) — нет преступления без предусматривающего его закона, который был принят до его совершения (Примеч. редактора).

²¹ *Nulla poena sine lege praevia* (лат.) — нет наказания без предусматривающего его закона, который был принят до совершения преступления (Примеч. редактора).

ния правила *non bis in idem* повторная публикация влечет предание нарушителя уголовному разбирательству независимо от разбирательства по поводу первоначальной публикации». Также подчеркивается, что правило *non bis in idem* не применяется, если действия, вызвавшие первое разбирательство, с правовой или фактической точек зрения не идентичны (не тождественны) фактам, относящимся ко второму разбирательству»²².

В практике российских судов подобные судебные ошибки встречаются и исправляются судами вышестоящих инстанций в порядке обжалования.

Например, Постановлением Президиума Суда по интеллектуальным правам от 5 августа 2016 г. № С01-342/2015 по делу № СИП-921/2014 выявлена ошибка суда в привлечении к ответственности за проявленное неуважение к суду, выразившееся в систематическом уклонении от явки в судебное заседание, которая была признана судом обязательной, и возложении многократной ответственности за одно и то же деяние.

В своем постановлении Суд, опираясь на правовую позицию Конституционного Суда Российской Федерации, указал, что принцип *non bis in idem* применяется к любым видам юридической ответственности, в том числе и к ответственности за проявление неуважения к суду.

В указанном деле неявка предпринимателя в каждое судебное заседание при условии, что она была признана судом обязательной, могла послужить основанием для квалификации поведения предпринимателя как являющегося основанием для наложения судебного штрафа. Вместе с тем президиум Суда по интеллектуальным правам принимает во внимание, что определением Суда по интеллектуальным правам от 11 марта 2016 г. предприниматель Б. уже была привлечена к ответственности за проявление неуважения к суду, выразившееся в систематическом уклонении от явки в судебное

заседание, которая была признана судом обязательной.

При этом штраф за проявление неуважения к суду был наложен многократно за неявку во все судебные заседания вплоть до последнего, что является нарушением принципа *non bis in idem*²³.

Правило *non bis in idem* предполагает исключение случаев двойной гражданско-правовой, административной, уголовной ответственности или сочетаний разных видов ответственности²⁴.

В практике национальных судов Российской Федерации встречаются примеры нарушения правила *non bis in idem*, о чем свидетельствуют жалобы, поданные в Европейский суд по правам человека²⁵.

В Постановлении ЕСПЧ от 10 февраля 2009 г. по делу «С. Золотухин против РФ» было установлено нарушение принципа *non bis in idem* и требований ст. 4 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, поскольку заявитель был привлечен к ответственности дважды за одно и то же правонарушение (административная и уголовная ответственность)²⁶.

Так, в Постановлении от 21 октября 2014 г. по делу «Шибендра Дев (Shibendra Dev) против Швеции» (жалоба № 7362/10) Европейский суд констатировал факт одновременного привлечения к судебной ответственности и возложения обязанности по уплате налоговых пеней²⁷.

²² См.: Решение ЕСПЧ от 24 июня 2003 г. «По вопросу приемлемости жалобы № 65831/01 “Роже Гароди (Roger Garaudy) против Франции”» // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2016. № 3 (27).

²³ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 5 августа 2016 г. № С01-342/2015 по делу № СИП-921/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁴ См.: Постановление ЕСПЧ от 11 февраля 2003 г. по делу «Хусейн Гезюток и Клаус Брюгге» (жалобы № С-187/01 и С-385/01, ЕУ:С:2003:87, § 31).

²⁵ См.: Постановление ЕСПЧ от 12 декабря 2013 г. по делу «Хмель (Khmel) против Российской Федерации» (жалоба № 20383/04) // Российская хроника Европейского Суда. 2014. № 2.

²⁶ Постановление ЕСПЧ от 10 февраля 2009 г. по делу «Сергей Золотухин (Sergey Zolotukhin) против Российской Федерации» (жалоба № 14939/03) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2010. № 1.

²⁷ Информация о Постановлении ЕСПЧ от 21 октября 2014 г. по делу «Шибендра Дев (Shibendra Dev) против Швеции» (жалоба № 7362/10) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2015. № 2.

Перед национальными судами Российской Федерации стоит задача правильного применения правила *non bis in idem*, включая учет особенностей и обстоятельств конкретных дел, отдельного вида правонарушений²⁸. В судебной практике российских судов имеются случаи, при которых на первый взгляд нарушается концепция *non bis in idem*, но при более внимательном анализе проявляется специфический режим применения принципа *non bis in idem* при квалификации конкретного вида правонарушения и установлении ответственности.

Такой подход продемонстрирован в деле, в котором арбитражный апелляционный суд констатировал возможность применения компенсаторной меры одновременно со штрафной санкцией, что не нарушает общеправовой принцип недопустимости повторного привлечения к ответственности за одно и то же деяние (*non bis in idem*), и согласился с выводами суда первой инстанции, что решение и предписание антимонопольного органа, в соответствии с которым ООО ГК «Единство» обязано перечислить в федеральный бюджет доход, полученный в результате нарушения антимонопольного законодательства, призваны обеспечить восстановление баланса публичных и частных интересов. Компенсаторный характер данной меры обуславливает возможность ее применения параллельно с мерами ответственности, носящими штрафной характер²⁹.

Рассмотрение правила *non bis in idem* позволяет заключить, что, несмотря на возникновение и развитие данного принципа в рамках уголовного и уголовно-процессуального права, последующая его универсализация привела к распространению и применению в рамках иных

отраслей права цивилистической и административной направленности³⁰. Будучи закрепленным в Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г., данный принцип получил нормативное оформление в иных актах международного и национального права.

Стандарты применения *non bis in idem* вырабатывались в рамках судебной практики и трансформировались по мере эволюции доктринальных взглядов и преобразования практико-ориентированных подходов. В современных условиях принцип *non bis in idem* обеспечивает правовую определенность путем блокирования двойной, повторной и параллельной ответственности за правонарушение (деликт, неисполнение обязательства и др.), исключения ответственности с нарушением темпоральных (временных) и территориальных пределов.

Несмотря на разработанность правил *non bis in idem* в праве государств системы Civil Law, их адресность прежде всего суду, данный механизм был внедрен в законодательство государств системы Common Law. Соответственно, трансформируется субъектная направленность данного механизма путем распространения возможности его применения (заявления) непосредственно участниками спора.

Таким образом, *non bis in idem* выступает гарантированным на международном уровне правилом, блокирующим наложение двойной, повторной ответственности, ответственности с нарушением темпоральных и территориальных границ, формируя надлежащий режим правовой определенности гражданского судопроизводства. В связи с чем возник-

²⁸ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 11 февраля 2020 г. № 264-О-Р «По ходатайству Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации о разъяснении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2017 года № 2-П» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹ Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 25 февраля 2019 г. по делу № А33-22211/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁰ См.: Старостина П.В. Принцип *non bis in idem* в административном и уголовном праве (международно-правовые аспекты) // Административное право и процесс. 2013. № 4. С. 67–71; Михаленко Ю.В. Применение принципа '*non bis in idem*' в контексте противодействия злоупотреблениям на рынке ценных бумаг. Комментарий к решению ЕСПЧ по делу «Гранде Стивенс против Италии» 2014 г. // Международное публичное и частное право. 2018. № 3. С. 24–27; Долгих Т.Н. Вопросы, возникающие при квалификации действий по статье, содержащей административную преюдицию // Уголовное право. 2019. № 3. С. 20–24.

кает целесообразность законодательного внедрения и более частого использования механизма *non bis in idem* в рамках

гражданской процессуальной формы всеми участниками гражданских процессуальных отношений.

Литература

1. Андрусенко С.П. Восстановление социальной справедливости и назначение соразмерного наказания в контексте принципа *non bis in idem* / С.П. Андрусенко // Журнал российского права. 2015. № 2. С. 102–111.
2. Долгих Т.Н. Вопросы, возникающие при квалификации действий по статье, содержащей административную преюдицию / Т.Н. Долгих // Уголовное право. 2019. № 3. С. 20–24.
3. Игнатенко Г.В. Запрет повторного привлечения к ответственности (*non bis in idem*) как общий принцип права / Г.В. Игнатенко // Российский юридический журнал. 2005. № 1. С. 87–91.
4. Ключников А.Ю. Административное и уголовное преследование в свете запрета двойной наказуемости: *non bis in idem* в практике международных судов / А.Ю. Ключников // Российский судья. 2017. № 12. С. 46–51.
5. Михаленко Ю.В. Применение принципа '*non bis in idem*' в контексте противодействия злоупотреблениям на рынке ценных бумаг. Комментарий к решению ЕСПЧ по делу «Гранде Стивенс против Италии» 2014 г. / Ю.В. Михаленко // Международное публичное и частное право. 2018. № 3. С. 24–27.
6. Старостина П.В. Принцип *non bis in idem* в административном и уголовном праве (международно-правовые аспекты) / П.В. Старостина // Административное право и процесс. 2013. № 4. С. 67–71.
7. Faustin Helie. *Traite de l'instruction criminelle* / Faustin Helie. Bruxelles : Bruylant-christophe et compagnie, 1848. 844 p.
8. Koch, J.K. *Institutiones Iuris Criminalis* / J.K. Koch. Jenae : Melchior, 1758. 584 p.
9. Pisapia, G.D. *Reato continuato* / G.D. Pisapia. New York : Jovene, 1938. 263 p.

Мы в социальных сетях Facebook и Instagram!

**Анонсы мероприятий, фотоотчёты
и свежие новости нашего издательства.**

ПОДПИСЫВАЙТЕСЬ!

Facebook: <https://www.facebook.com/ig.lawinfo/>

Instagram: <https://www.instagram.com/ig.lawinfo/>

**Соловьева
Татьяна Владимировна,**
профессор кафедры
гражданского процесса
Саратовской государственной
юридической академии,
доктор юридических наук, доцент
s80tdrambler.ru

DOI: 10.18572/1812-383X-2021-1-10-13

Мирное урегулирование спора — новая задача гражданского судопроизводства

В данной статье рассматривается мирное урегулирование спора как одно из направлений совершенствования гражданского процессуального законодательства в рамках проводимой судебной реформы. Автор анализирует задачи гражданского судопроизводства. Делается вывод о необходимости корректировки содержания статьи 2 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации с целью закрепления мирного урегулирования спора в качестве новой задачи, а также последствий ее решения.

Ключевые слова: гражданское судопроизводство, законодательство, задачи, судебная реформа, мирное урегулирование спора.

Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации (далее — ГПК РФ) в настоящее время претерпевает значительные изменения, которые способствуют модернизации гражданского судопроизводства в целях повышения эффективности судебной защиты, оказываемой при рассмотрении и разрешении гражданских дел в судах общей юрисдикции.

Совершенствование ГПК РФ протекает в различных направлениях и связано с развитием государства, а также усложнением общественных правоотношений. Среди основных направлений можно выделить упрощение производства, изменение системы судов общей юрисдикции, внедрение информационных технологий и развитие примирительных процедур.

В данной статье хотелось бы обратить внимание на такое направление совершенствования гражданского судопроизводства, как мирное урегулирование споров. Актуальность развития примирительных процедур как альтернативного способа урегулирования гражданских правовых конфликтов не вызывает сомнений, так как в результате разрешения спора во внесудебном порядке стороны достигают соглашения на взаимовыгодных условиях и в большинстве случаев сохраняют доброжелательные отношения. Кроме того, примирение сторон осуществляется на основе принципов, отличающихся от основных принципов гражданского судопроизводства, напри-

мер, добровольности, сотрудничества, конфиденциальности, что также положительно сказывается на возможности достижения соглашения.

Отметим, что мирное урегулирование споров в Российской Федерации наиболее детальную законодательную регламентацию получило в 2010 г. в связи с принятием Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»¹. Кроме того, отдельные нормы содержатся в ГПК РФ и посвящены медиации (ст. 169), мировому соглашению (ст. 39), примирению сторон (ст. 148). При этом примирительные процедуры не получили широкого распространения, и по-прежнему основным способом урегулирования конфликтов остается обращение к суду. Об этом свидетельствуют и данные статистики, отраженные в отчете о деятельности судов за 2018 г. Так, в 2018 году в суды общей юрисдикции поступило 17 270 149 заявлений, при этом количество споров, оконченных посредством применения процедуры медиации, составляет 1187, т.е. 0,007%, от общего количества².

¹ Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4162.

² Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению гражданских и административных дел за 2018 г. URL: <http://www.cdep.ru> (дата обращения: 19.10.2019).

Комплексное регулирование института примирительных процедур в ГПК РФ отсутствовало до 2019 г. В связи с произошедшими изменениями ГПК РФ в 2018–2019 гг.³ необходимо провести анализ содержания ст. 2 ГПК РФ, с целью выявления действительных современных задач гражданского судопроизводства. Статья 2 ГПК РФ является стабильной по своему содержанию, поскольку не подвергалась изменениям и дополнениям с начала действия ГПК РФ и до 2019 г.

При буквальном толковании ст. 2 ГПК РФ (в ред. до 26.07.2019) можно было выделить в качестве цели гражданского судопроизводства защиту нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов заинтересованных субъектов, а в качестве задач — правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел. Кроме того, в данной статье ГПК РФ способствование укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений, формированию уважительного отношения к закону и суду закреплено в качестве обязанности суда. Но в то же время эти обязанности не поименованы как цели или задачи гражданского судопроизводства, однако некоторые ученые относят их к целям или задачам гражданского судопроизводства.

После вступления в силу 25 октября 2019 г. Федерального закона № 197-ФЗ⁴ второе предложение ст. 2 ГПК РФ было дополнено обязанностью судьи в способствовании мирному урегулированию споров, что связано с включением в содержание ГПК РФ новой гл. 14.1 «Примирительные процедуры. Мирное соглашение». И мирное урегулирование споров, именно как задача судопроизводства, было включено в ст. 3 Кодекса административного судопроизводства РФ (КАС РФ) и ст. 2 Арбитражного процессуального кодекса РФ (АПК РФ). Такие изменения свидетельствуют в целом о единообразном подходе законодателя к

определению мирного урегулирования спора как задачи гражданского, административного и арбитражного судопроизводства, согласуются с позицией, согласно которой процессуальное право не должно иметь различий по отношению, регулируемым одним материальным правом⁵.

Но детальное толкование ст. 2 ГПК РФ не позволяет мирное урегулирование споров буквально определить как задачу гражданского судопроизводства, так как в качестве задач законодатель четко обозначил только правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел.

Использование в ст. 2 ГПК РФ формулировки «способствовать мирному урегулированию споров» представляется достаточно спорным. Это связано с тем, что слово «способствовать» означает содействовать чему-либо, оказывать помощь⁶. В отношении укрепления законности и правопорядка, предупреждения правонарушений и формирования уважительного отношения к суду слово «способствовать» вполне применимо, так как эти действия являются следствием деятельности суда, связанной с рассмотрением дела, и достижением цели судопроизводства. Но мирное урегулирование спора никак не может выступать следствием гражданского судопроизводства, так как в случае примирения сторон следствием будет выступать развитие партнерских деловых отношений и гармонизация социальных отношений.

Мирное урегулирование спора, в свою очередь, это один из способов урегулирования конфликта между сторонами правоотношения. Иными словами, спор может быть ликвидирован либо по результатам рассмотрения и разрешения дела по существу судом либо посредством использования примирительных процедур.

В науке гражданского процессуального права существуют различные мнения относительно понятия и сущности задач судопроизводства. Так, например, А.Т. Боннер, ссылаясь на Словарь современного русского языка, где цель опреде-

³ Федеральный закон от 28 ноября 2018 г. № 451-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018. № 49 (часть I). Ст. 7523.

⁴ Федеральный закон от 26 июля 2019 г. № 197-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2019. № 30. Ст. 4099.

⁵ Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации / вступ. слово П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2015. С. 11.

⁶ Там же. С. 80.

ляется тем, к чему стремятся, чего хотят достигнуть, а задача — это цель, к которой стремятся, указав, что данные понятия выступают синонимами и поэтому применение в законодательстве термина «цели» неоправданно, целесообразность наличествует лишь в термине «задачи»⁷, т.е. и защита нарушенных прав должна определяться как задача судопроизводства. В свою очередь Г.А. Жилин определяет укрепление законности и правопорядка, предупреждение правонарушений и формирование уважительного отношения к закону и суду не как задачи, а как дополнительные конечные цели судопроизводства. И далее, обращаясь к АПК РФ, автор говорит, что отнесение названных положений к задачам арбитражного судопроизводства неверно, так как п. 4, 5, 6 АПК РФ — это конечные цели судопроизводства⁸. Анализируя ст. 2 ГПК РФ, О.П. Чудаева приходит к выводу, что задачами гражданского судопроизводства являются: во-первых, правильное и, во-вторых, своевременное рассмотрение и разрешение дела⁹. В Концепции единого Гражданского процессуального кодекса защита нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов лиц названа в качестве задачи суда, а также в качестве задачи названо содействие становлению и развитию партнерских отношений.

Для определения действительного понятия задач гражданского судопроизводства обратимся к основам теории государства и права. Так, в общеправовом смысле под задачей предлагают понимать выраженную или вытекающую из закона объективно существующую форму правового поведения, реализуемую государственными органами, ведущими процесс, посредством упорядоченной процессуальной законом деятельности в целях достижения частного и общего правового

результата¹⁰. Из данного определения можно выделить следующие признаки задачи: форма правового поведения, урегулированная законом; осуществляется органами государственной власти; в целях достижения правового результата. Исходя из этих признаков можно определить, что примирение сторон как задача гражданского судопроизводства — это деятельность суда, регламентированная нормами ГПК РФ, осуществляемая в форме мирного урегулирования спора в целях защиты нарушенных прав и законных интересов заинтересованных субъектов, следствием которой выступает разрешение конфликта в виде достижения соглашения сторонами конфликта.

Таким образом, в гражданском судопроизводстве должна существовать логическая цепочка: цель — задача — следствие. Рассмотрим данную схему применительно к ст. 2 ГПК РФ. Итак, цель гражданского судопроизводства может быть достигнута путем решения двух задач. Первой задачей выступает правильное и своевременное рассмотрение и разрешение дела, где последствиями будут выступать укрепление законности и правопорядка, предупреждение правонарушений, формирование уважительного отношения к закону и суду. Вторая задача — это мирное урегулирование спора, и в качестве последствий можно назвать развитие и гармонизацию партнерских деловых и социальных отношений. В этой связи ст. 2 ГПК РФ нуждается в корректировке, а именно мирное урегулирование споров должно быть определено как задача гражданского судопроизводства.

И далее, если мирное урегулирование спора будет определено именно как задача гражданского судопроизводства, то в ГПК РФ должны быть четко определены действия суда для ее решения по аналогии с задачей правильного и своевременного рассмотрения и разрешения дела. Из анализа норм ГПК РФ можно заключить, что правильным рассмотрением и разрешением дела будет считаться правильное применение закона и соблюдение норм процессуального права, а также правильное определение обстоятельств

⁷ См.: Боннер А.Т. Избранные труды по гражданскому процессу. СПб.: Изд. дом СПбГУ, 2005. С. 22.

⁸ См.: Жилин Г.А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2000. С. 9–34.

⁹ См.: Чудаева О.П. Реализация задач гражданского судопроизводства в стадии судебного разбирательства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 5.

¹⁰ Теория юридического процесса / под общ. ред. В.М. Горшенева. Харьков: Вища школа, 1985. С. 144.

дела и установление подтверждающих их доказательств. В свою очередь, своевременным рассмотрением и разрешением дела считается вынесение итогового судебного постановления в установленный законом срок.

В настоящее время из содержания главы 14.1 ГПК РФ не усматривается, какие меры должен применять судья для примирения сторон. Например, в ст. 153.1 ГПК РФ установлено, что «суд принимает меры для примирения сторон, содействует им в урегулировании спора...», но сами меры не перечислены. В главе 14.1 ГПК РФ содержатся лишь виды примирительных процедур, принципы примирения и проч. Однако при обращении к ч. 5 ст. 150 ГПК РФ можно выделить следующие меры по примирению сторон на стадии подготовки дела к судебному разбирательству, осуществляемые судом, т.е. меры по заключению мирового соглашения, разъяснение условий, порядка реализации права на примирение, сущности и преимущества примирительных процедур, а также право на обращение в третейский суд. При этом гл. 15 ГПК РФ «Судебное разбирательство» не содержит перечня мер, применяемых судьей для примирения сторон. В статье 165 ГПК РФ лишь установлено, что судья разъясняет лицам, участвующим в деле, права и обязанности, в том числе закрепленные в ст. 39 ГПК РФ, среди которых право на заключение мирового соглашения.

Несмотря на произошедшие изменения, можно сделать вывод о необходимости корректировки отдельных норм ГПК РФ. В частности, ст. 2 необходимо изложить следующим образом: «Задачами гражданского судопроизводства

являются правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел, мирное урегулирование споров в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, организаций, прав и интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, других лиц, являющихся субъектами гражданских, трудовых или иных правоотношений. Гражданское судопроизводство должно способствовать укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений, формированию уважительного отношения к закону и суду, развитию и гармонизации партнерских деловых и социальных отношений». В этой связи нецелесообразным представляется определение примирения сторон как задачи стадии подготовки дела к судебному разбирательству в ст. 148 ГПК РФ, поскольку примирение сторон является общей задачей гражданского судопроизводства и согласно ч. 4 ст. 153.1 ГПК РФ может состояться на любой стадии процесса, а также в ходе исполнения судебного постановления.

В свою очередь, меры, направленные на примирение сторон (разъяснение сторонам их прав на заключение мирового соглашения, обращение за содействием к посреднику (медиатору), обращение в третейский суд; использование других процедур; условий и порядка реализации этих прав; существа и преимуществ примирительных процедур, а также их правовых последствий), должны быть закреплены в ст. 153.1 ГПК РФ, и повторного дублирования в главах, регулирующих стадию подготовки дела к судебному разбирательству и судебное разбирательство, не требуется.

Литература

1. Боннер А.Т. Избранные труды по гражданскому процессу : приложение к Российскому ежегоднику гражданского и арбитражного процесса / А.Т. Боннер. Санкт-Петербург : Изд. дом СПбГУ, 2005. 992 с.
2. Жилин Г.А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции : автореферат диссертации доктора юридических наук / Г.А. Жилин. Москва, 2000. 70 с.
3. Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации / вступительное слово П.В. Крашенинникова. Москва : Статут, 2015. 224 с.
4. Теория юридического процесса / под общей редакцией В.М. Горшенева. Харьков : Вища школа, 1985. 334 с.
5. Чудаева О.П. Реализация задач гражданского судопроизводства в стадии судебного разбирательства : автореферат диссертации кандидата юридических наук / О.П. Чудаева. Москва, 2009. 28 с.

Наумов

Виктор Владимирович,
аспирант аспирантской школы
по праву Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»
(НИУ ВШЭ)
001naumov@gmail.com

DOI: 10.18572/1812-383X-2021-1-14-18

Использование адвокатом информационных инструментов в процессе досудебной подготовки к участию в арбитражном споре

В данной статье рассматривается мирное урегулирование спора как одно из направлений совершенствования гражданского процессуального законодательства в рамках проводимой судебной реформы. Автор анализирует задачи гражданского судопроизводства. Делается вывод о необходимости корректировки содержания статьи 2 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации с целью закрепления мирного урегулирования спора в качестве новой задачи, а также последствий ее решения.

Ключевые слова: гражданское судопроизводство, законодательство, задачи, судебная реформа, мирное урегулирование спора.

Стадия подготовки дела к судебному разбирательству является едва ли не самой важной в работе адвоката. Неэффективная деятельность по выработке правовой позиции, поиску доказательств и «вплетению» их в общую стратегию правовой помощи нивелирует возможность благоприятного исхода дела для доверителя.

Выбор адвоката как главного объекта исследования объясняется определенными уникальными характеристиками его статуса по сравнению с представителями, не имеющими статуса адвоката:

1) обязательство по сохранению конфиденциального режима информации, касающейся оказания юридической помощи¹;

2) предусмотренные механизмы контроля за качеством оказываемой юридической помощи со стороны адвокатских палат²;

3) этическое обязательство проверки доверителей на предмет «конфликта интересов». Данный факт особенно важен при работе с хозяйствующими субъектами, устанавливающими сотни различных коммуникаций в ходе экономической деятельности³;

¹ Статья 8 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ (ред. от 31.07.2020) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

² Статья 18 Кодекса профессиональной этики адвоката (принят I Всероссийским съездом адвокатов 31.01.2003) (ред. от 20.04.2017) // СПС «КонсультантПлюс».

³ Статья 11 Кодекса профессиональной этики адвоката (принят I Всероссийским съездом ад-

4) дополнительные возможности поиска информации в рамках адвокатского запроса⁴.

Современные тенденции развития судопроизводства и изменения рынка юридической помощи не позволяют нам «обойти стороной» динамический, многоуровневый комплекс информационно-технологических возможностей для повышения качества деятельности адвокатов. В дополнение стоит заметить, что об информатизации говорят не только в рамках улучшения эффективности деятельности адвоката, но и как об одном из основополагающих принципов судопроизводства⁵. Существует мнение о влиянии информационного обеспечения на иные принципы арбитражного и гражданского процессов — Ю.А. Луконина отмечает влияние на принцип диспозитивности⁶.

вокатов 31.01.2003) (ред. от 20.04.2017) // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Статья 6.1 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ (ред. от 31.07.2020) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Соловьева Т.В. Модернизация принципов гражданского судопроизводства в свете реформы судебной системы // Арбитражный и гражданский процесс. 2019. № 6. С. 9.

⁶ Луконина Ю.А. Трансформация основополагающих начал гражданского процессуального права в аспекте цифровизации правосудия по гражданским делам // Арбитражный и гражданский процесс. 2020. № 10. С. 45.

Рынок информационных технологий, полезных для юридического сообщества (так называемый LegalTech) переживает период бурного роста⁷, расширяет внутриотраслевую структуру и представляет собой высококонкурентную среду, необходимую для анализа.

Выбор арбитражного процесса в качестве правового контекста вокруг объекта исследования продиктован следующими предпосылками:

1. Повышенный уровень профессионализма представителей, косвенно подтверждающийся необходимостью представления диплома о высшем юридическом образовании, потенциально предполагает более детальную оценку обстоятельств дела оппонентом. Данный аспект должен мотивировать члена адвокатской корпорации на более скрупулезное отношение к выработке стратегии представительства доверителя. Необходимо отметить, что некоторые исследователи считают данный тезис спорным⁸.

2. Хозяйствующие субъекты больше интегрированы в современную информационную среду, чем физические лица, находящиеся вне сферы предпринимательских взаимоотношений. Реестры с возможностью частного доступа содержат разноплановую информацию о юридических лицах, которые вступают в правоотношения с государственными органами посредством информационно-телекоммуникационной сети Интернет (например, контрольные мероприятия, связанные с уплатой налогов и взносов, лицензионно-разрешительная деятельность⁹ и проч.).

3. Арбитражное судопроизводство наиболее интегрировано в информационную среду, в рамках арбитражного процесса практически повсеместно реализован электронный документооборот, зачастую используются системы видео-конференц-

связи¹⁰. Тесное сплочение данного вида судопроизводства и информационных технологий также требует повышенного уровня компьютерной экспертности для всех участников процесса.

Основной, но не исчерпывающий перечень действий адвоката для отстаивания прав и законных интересов доверителя содержится в ст. 6 Кодекса профессиональной этики адвоката. Составим краткий перечень данных действий, особенно необходимых на стадии подготовки к арбитражному разбирательству:

1) сбор информации для оказания юридической помощи (в том числе посредством адвокатского запроса);

2) сбор предметов и документов — потенциальных вещественных и иных доказательств;

3) привлечение лиц, обладающих специальными знаниями и навыками;

4) опрос различных лиц;

5) фиксация материалов дела;

6) коммуникация с доверителем.

Во всех вышеперечисленных действиях основным объектом является информация, потенциально необходимая для отстаивания прав и интересов доверителя. Стоит отметить, что данные способы отличны по типу активности субъекта: в действиях под № 1–4 основная информационная операция — получение сведений и/или предметов, в № 5 — хранение, в № 6 — получение и передача.

Как видим, операционный инструментарий адвоката разнообразен. Следовательно, необходимо составить примерный алгоритм его действий, обеспечивающих наиболее эффективную защиту прав и законных интересов доверителя в арбитражном разбирательстве.

О.О. Гуртовой предлагает следующий перечень последовательных действий:

«1) определение характера спорного правоотношения (в том числе собеседование с доверителем, получение информации и документов по делу);

2) анализ дела, определение предмета и пределов доказывания, сбор доказательств;

3) формирование позиции по делу»¹¹.

⁷ Митин А.Н. О процессах внедрения в юриспруденцию новых информационных технологий // Российское право: образование, практика, наука. 2019. № 3 (111). С. 83.

⁸ Фомина О.Ю. Профессиональное представительство: доводы за и против // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 2 (99). С. 97.

⁹ К примеру, сводный реестр Федеральной службы по регулированию алкогольного рынка. URL: www.fsrar.gov.ru/licens/reestr (дата обращения: 02.09.2020).

¹⁰ Приженникова А.Н., Коляда Г.Ю. Цифровизация правосудия: теоретические и практические аспекты // Образование и право. 2020. № 2. С. 243.

¹¹ Гуртовой О.О. Правовые и организационные основы деятельности адвоката в арбитражном процессе : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11

На первом этапе адвокату необходимо:

- 1) получить информацию о сути проблемы доверителя;
- 2) установить приблизительную хронологию значимых юридических фактов;
- 3) определить, какими документами и предметами уже располагает доверитель.

Для получения сведений о сути проблемы доверителя адвокату желательно удостовериться в наличии юридической связи обратившегося с хозяйствующим субъектом, вступающим в спорные правоотношения. Первоначальный анализ такой связи возможно произвести с помощью сервисов проверки юридических лиц и индивидуальных предпринимателей (государственных: «Прозрачный бизнес» или частных: «Руспрофиль», «Контур» и др.).

Арбитражные споры характеризуются множественностью значимых юридических фактов (заключение сделок, факты взаимодействия с государственными органами, детали проведения процедур в деле о банкротстве и проч.). Быстрому выстраиванию событий и действий в наглядную хронологическую цепочку помогут специальные сервисы визуализации информации (в формате блок-схемы или mind map)¹².

Хозяйствующие субъекты, как правило, ведут бухгалтерский учет, сохраняют правоустанавливающие документы, что несколько упрощает задачу сбора документов. Следовательно, необходимо запросить у доверителя документы, способные подтвердить его точку зрения в судебном заседании. Передача и хранение таких документов должна осуществляться конфиденциально. Гораздо проще сохранить режим адвокатской тайны в отношении подлинных документов, представленных в обычном, не электронном виде, так как несанкционированный доступ к данным документам проще заметить и/или предотвратить его традиционными физическими способами (сейфы, банковские ячейки и проч.). Однако в таком случае возрастает риск утери, и обмен занимает больше времени. Электронный обмен документами

между доверителем и адвокатом несомненно удобнее, но требует особой осторожности и грамотности в сфере информационной безопасности.

Е.В. Булгакова выделяет следующие информационные инструменты адвоката, необходимые для обеспечения конфиденциального получения, хранения и передачи информации от доверителя:

- 1) «межсетевые экраны;
- 2) антивирусная защита;
- 3) системы обнаружения вторжений;
- 4) криптографическая защита;
- 5) защита от утечек по техническим каналам;
- 6) применение электронно-цифровой подписи;
- 7) мониторинг и управление деятельностью серверов;
- 8) контроль за техническим состоянием и периферийными устройствами, подключенными к АРМ (автоматизированному рабочему месту)¹³.

Возможно, интеграция всего перечня инструментов станет слишком трудоемким процессом. В связи с этим рекомендуется внедрить следующее программное обеспечение:

- 1) криптографические инструменты (адвокату следует выбрать исполнителя, имеющего специальную лицензию на работы и услуги, выполняемые со средствами криптографической защиты информации)¹⁴;
- 2) антивирусы с функцией постоянного обновления баз алгоритмов распознавания;
- 3) межсетевые экраны¹⁵;

После анализа средств, обеспечивающих конфиденциальность информационных операций, необходимо перейти к инструментам, позволяющим эффективно осуществлять поиск необходимых сведений.

Помимо использования популярных справочно-правовых систем, адвокату

(Судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности РААН). М., 2010. С. 82.

¹² Brandner, R. Mind Mapping for Lawyers: How to Organize Information Effectively. 2013. URL: mindmeister.com/blog/mind-mapping-for-lawyers (дата обращения: 08.09.2020).

¹³ Булгакова Е.В. Информационная безопасность защитника (адвоката). Организационно-правовой аспект // Правовая информатика. 2013. № 1. С. 38.

¹⁴ Подп. 1 п. 1 ст. 12 Федерального закона от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» (ред. от 28.03.2020).

¹⁵ Наумов В.В. Информационные аспекты деятельности адвоката: дис. ... магистра права / НИУ ВШЭ, Москва. 2017. С. 39. URL: <http://www.hse.ru/edu/vkr/206751188> (дата обращения: 10.09.2020).

необходимо расширить круг информационных инструментов за счет применения автоматизированных информационно-поисковых систем¹⁶. К примеру, АИПС «Автопоиск» позволит осуществить поиск транспортных средств, находящихся на балансе хозяйствующего субъекта в разбирательствах о банкротстве, АИПС «Вещь» поможет найти факты передачи ценных бумаг, принадлежащих доверителю либо его оппоненту.

Использование вышеперечисленных АИПС находится в ведении правоохранительных органов или федеральных экспертных учреждений, что создает трудности в доступе к ним и вынуждает адвокатов пользоваться неформальными механизмами получения информации (используя знакомства в «силовых» органах и государственных учреждениях). Необходимо закрепить механизм коммуникации между оператором АИПС и адвокатом на основании уже существующего института адвокатского запроса, дополнив его внутриведомственными актами, содержащими процедурные нормы по обработке и исполнению адвокатских запросов (с дисциплинарными санкциями за их невыполнение). Такая мера обогатит поисковые возможности адвоката, повысит качество юридической помощи и сократит временные издержки в арбитражном разбирательстве.

Вышеперечисленная мера может оказаться практически бессмысленной, если адвокаты не будут знать возможности АИПС. Следовательно, необходимо оповестить адвокатские образования о возможных сценариях использования АИПС и общих принципах их устройства (с помощью скоординированной деятельности федеральной и региональных палат адвокатов).

Далеко не всегда поиск информации сопряжен с взаимодействием с государственными органами. Рынок программного обеспечения, позволяющий выяснить информацию о необходимых юридических фактах, чрезвычайно разнообразен. Особенно большой выбор таких инструментов можно отыскать среди средств для подготовки к разбирательству, связанному с защитой интеллектуальной собственности.

¹⁶ Наумов В.В. Использование адвокатом информационных технологий при оказании юридической помощи в суде // Арбитражный и гражданский процесс. 2020. № 10. С. 53.

Одним из самых необходимых инструментов является сетевой протокол Whois, на базе которого существует множество поисковых сервисов по реестрам доменных регистраторов¹⁷. С помощью данных сервисов можно узнать контактные данные администратора доменного имени (в том случае, если они публичные, по указанию администратора), период его регистрации и дату его возможного высвобождения. Особая важность таких сервисов проявляется в спорах, связанных с киберсквоттингом, или недобросовестной конкуренцией. Сервис по поиску администратора доменного имени снабжает адвоката информацией о периоде, с которого начинается регистрация доменного имени, что позволяет идентифицировать контрагента, так как с помощью него можно выявить «фишинговые» сайты или сайты-«однодневки».

Следующий инструмент-объект данного исследования: реестры зарегистрированных объектов интеллектуальной собственности (реестры Федеральной службы по интеллектуальной собственности¹⁸ и реестр Всемирной организации интеллектуальной собственности)¹⁹. Выписки из данных реестров могут служить доказательством недобросовестности контрагента доверителя (или добросовестности деятельности доверителя). Так как данный реестр содержит данные о заявках на регистрацию, можно выявить хозяйствующий субъект, имеющий преимущественное право на регистрацию средства индивидуализации.

В разбирательстве, связанном с осуществлением внешнеэкономической деятельности, будет полезным использование Таможенного реестра объектов интеллектуальной собственности (ТРОИС)²⁰. С помощью информации из него адвокат может:

1) выявить признаки «параллельного импорта»;

¹⁷ К примеру, веб-сайт доменного регистратора REG.RU. URL: <http://www.reg.ru> (дата обращения: 02.09.2020).

¹⁸ Веб-сайт Федерального института промышленной собственности. URL: <http://www.fips.ru> (дата обращения: 02.09.2020).

¹⁹ Веб-сайт Всемирной организации интеллектуальной собственности. URL: <http://www.wipo.int> (дата обращения: 02.09.2020).

²⁰ Веб-сайт Федеральной таможенной службы Российской Федерации. URL: customs.gov.ru/registers/objects-intellectual-property (дата обращения: 02.09.2020).

2) доказать имущественный ущерб от действий оппонента;

3) удостовериться в наличии правовой охраны интеллектуальной собственности;

4) узнать, в отношении каких именно товаров может быть введена задержка таможенного выпуска (классы МКТУ, коды по ТН ВЭД ТС);

5) проверить систематичность правовой охраны определенного объекта интеллектуальной собственности;

6) идентифицировать организацию, являющуюся доверенным лицом правообладателя, для направления претензии или запроса релевантных сведений.

Для подготовки к разбирательству на основе хозяйственно-экономических споров в фармацевтической сфере понадобится еще один инструмент — реестр Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения (Росздравнадзор)²¹ — «Государственный реестр медицинских изделий и организаций (индивидуальных

предпринимателей), осуществляющих производство и изготовление медицинских изделий». Данные из реестра позволят:

1) проанализировать деятельность оппонента на предмет недобросовестной конкуренции;

2) идентифицировать место нахождения и наименование организации-изготовителя (и заявителя) медицинского изделия для направления досудебной претензии или иной коммуникации (к примеру, для запроса лицензионной документации);

3) узнать официальную информацию о взаимозаменяемых медицинских изделиях, что позволит сформировать товарные границы рынка для спора в сфере антимонопольного регулирования.

Таким образом, круг информационных инструментов адвоката, необходимых в использовании при досудебной подготовке к арбитражному разбирательству, чрезвычайно широк. Адвокату важно знать основные принципы работы данных инструментов в различных сценариях при оказании юридической помощи в хозяйственно-экономических спорах.

²¹ Веб-сайт Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения. URL: roszdravnadzor.gov.ru/services/misearch (дата обращения: 02.09.2020).

Литература

1. Булгакова Е.В. Информационная безопасность защитника (адвоката). Организационно-правовой аспект / Е.В. Булгакова // Правовая информатика. 2013. № 1. С. 37–44.
2. Гуртовой О.О. Правовые и организационные основы деятельности адвоката в арбитражном процессе : диссертация кандидата юридических наук / О.О. Гуртовой. Москва, 2010. 170 с.
3. Луконина Ю.А. Трансформация основополагающих начал гражданского процессуального права в аспекте цифровизации правосудия по гражданским делам / Ю.А. Луконина // Арбитражный и гражданский процесс. 2020. № 10. С. 42–45.
4. Митин А.Н. О процессах внедрения в юриспруденцию новых информационных технологий / А.Н. Митин // Российское право: образование, практика, наука. 2019. № 3 (111). С. 82–86.
5. Наумов В.В. Информационные аспекты деятельности адвоката : диссертация магистра права / В.В. Наумов. Москва, 2017. 78 с.
6. Наумов В.В. Использование адвокатом информационных технологий при оказании юридической помощи в суде / В.В. Наумов // Арбитражный и гражданский процесс. 2020. № 10. С. 51–55.
7. Приженникова А.Н. Цифровизация правосудия: теоретические и практические аспекты / А.Н. Приженникова, Г.Ю. Коляда // Образование и право. 2020. № 2. С. 240–250.
8. Соловьева Т.В. Модернизация принципов гражданского судопроизводства в свете реформы судебной системы / Т.В. Соловьева // Арбитражный и гражданский процесс. 2019. № 6. С. 8–13.
9. Фомина О.Ю. Профессиональное представительство: доводы за и против / О.Ю. Фомина // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 2 (99). С. 95–101.
10. Brandner, R. Mind Mapping for Lawyers: How to Organize Information Effectively / R. Brandner. URL: mindmeister.com/blog/mind-mapping-for-lawyers (дата обращения: 08.09.2020).

Вифлянцева**Андрей Олегович,**

аспирант факультета права
Национального исследовательского
университета
«Высшая школа экономики»
(НИУ ВШЭ)
aoviflyantsev@gmail.com

DOI: 10.18572/1812-383X-2021-1-19-23

О мерах предварительной защиты по делам об оспаривании нормативных правовых актов замолвите слово

Часть 7 статьи 251 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации предусматривала, что подача заявления об оспаривании нормативного правового акта в суд не приостанавливает действие оспариваемого нормативного правового акта. Функциональный анализ данной нормы привел суды к выводу о том, что применение обеспечительных мер законодательством не предусмотрено. Принятие Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации повлекло не так много существенных изменений в регулировании, но одним из таких немногочисленных изменений было предоставление судам полномочия принимать по административному иску об оспаривании нормативного правового акта единственную меру предварительной защиты — запрет применения оспариваемого нормативного правового акта или его оспариваемых положений в отношении административного истца. Спустя почти 6 лет пришло время дать оценку тому, как меры предварительной защиты по делам об оспаривании нормативных правовых актов работают на практике.

Ключевые слова: меры предварительной защиты по делам об оспаривании нормативных правовых актов, запрет применения оспариваемого нормативного правового акта или его оспариваемых положений в отношении административного истца, основания применения мер предварительной защиты, судебный нормоконтроль, формула Лейбсдорфа — Познера.

Институт мер предварительной защиты по делам об оспаривании нормативных правовых актов отличается нелинейным трендом развития, на который практика и теория зачастую влияют разновекторно. Сначала в юридической литературе положительно оценивалось существовавшее на тот момент законодательное регулирование, согласно которому действие оспариваемого нормативного акта не могло быть приостановлено в порядке применения обеспечительных мер судом общей юрисдикции в силу положений ч. 7 ст. 251 Гражданского процессуального кодекса РФ¹, а арбитражным судом — как в силу положений ч. 3 ст. 193 Арбитражного процессуального кодекса РФ², так и в связи с тем, что требование заявителя о признании нормативного правового акта недействующим не носит имущественного характера³.

При этом политико-правовая мотивация действующего законодательного регулирования находилась в большой социальной зависимости от споров о признании нормативных правовых актов недействующими, обусловленной неопределенностью круга лиц, чьи права и обязанности затрагиваются нормативными правовыми актами⁴. Предоставление судам полномочий принимать по административному иску об оспаривании нормативного правового акта единственную меру предварительной защиты — запрет применения оспариваемого нормативного правового акта или его оспариваемых положений в отношении административного истца — не было продиктовано серьезным запросом, обоснованным теоретически. Сейчас же роли кардинально изменились: теоретический анализ должного законодательного регулирования в части мер предварительной

¹ Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. проф. Г.А. Жилина. М., 2003. С. 477.

² Там же. С. 466.

³ Цит. по: Дивин И.М. К вопросу о возможности приостановления судами оспариваемого нор-

мативного правового акта // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 2. С. 48–51.

⁴ Кузнецов С.А. Обеспечительные меры в гражданском и административном судопроизводстве. М.: Волтерс Клувер, 2007. 152 с.

защиты совершил настоящий прорыв⁵, а вот практика применения мер предварительной защиты, наоборот, переживает небольшой определенный кризис идей.

Анализ показывает, что в судебной практике сложился подход, согласно которому суды могут принимать по административному иску об оспаривании нормативного правового акта меры предварительной защиты в виде запрета применения оспариваемого нормативного правового акта или его оспариваемых положений в отношении административного истца (ст. 211 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации; далее — КАС РФ) в случаях, если 1) до принятия судом решения по административному делу или примирения сторон существует явная опасность нарушения прав, свобод и законных интересов административного истца или неопределенного круга лиц, в защиту прав, свобод и законных интересов которых подано административное исковое заявление; 2) защита прав, свобод и законных интересов административного истца будет невозможна или затруднительна без принятия таких мер (ч. 1 ст. 85 КАС РФ)⁶.

Политико-правовые основания в совместном применении ст. 211 КАС РФ и ч. 1 ст. 85 КАС РФ, по всей видимости, заключаются в некотором предоставлении преференций административным истцам по сравнению с обеспечительными мерами в гражданском процессе. Процессуальная теория исторически в качестве ключевых оснований для применения обеспечительных мер выделяла: 1) определенную вероятность удовлетворения исковых требований, 2) опасность для истца не получить удовлетворение (*periculum in mora*)⁷. Вышеуказанные основания постоянно были предметом дискуссий, напри-

мер, какому из них должно удовлетворять заявление об обеспечительных мерах. Законодатель и суды, видимо, имея в виду эти дискуссии в качестве оснований для применения мер предварительной защиты по делам об оспаривании нормативных правовых актов, используют либо высокую вероятность удовлетворения требований в административном иске (и, соответственно, «явную опасность» нарушения прав административного истца), либо риск невозможности восстановить нарушенное право. И, наверное, здесь же стоит искать мотивы закрепления принципа соразмерности мер предварительной защиты (ч. 4 ст. 85 КАС РФ), хотя в административном судопроизводстве закрепление такого принципа, как минимум, дискуссионно, ввиду того, что принцип соразмерности должен приводить прежде всего к балансу имущественных интересов сторон спора, но в спорах по делам об оспаривании нормативных правовых актов такие мотивы спорные.

Даже при первом взгляде такой подход законодателя внутренне противоречив. КАС РФ, а также ВС РФ последовательно исходили из того, что принятием нормативного правового акта, который принят, например, с нарушением процедуры принятия, непосредственного нарушения прав не происходит. Такое нарушение происходит, когда уполномоченный орган применяет нормы права, установленные в соответствующем нормативном правовом акте, и совершает какие-либо действия либо, наоборот, бездействует. Такая логика позволяет конфликт между органом, принявшим нормативный правовой акт, и частным субъектом права определить как имеющий потенциальный (дремлющий), неактуализированный характер⁸. Но в таком случае для применения мер предварительной защиты основание «явной опасности нарушения прав, свобод и законных интересов либо невозможности или затруднительности их защиты» категорически не подходит: очевидно, что требуются специальные критерии для определения необходимости применения

ник гражданского процесса. 2020. Т. 10. № 4. С. 89–130.

⁸ Никитин С.В. Судебный контроль за нормативными правовыми актами в гражданском и арбитражном процессе: монография. М.: РАП, Волтерс Клувер, 2010. С. 129.

⁵ См., например: Стариков М.Ю. Меры предварительной защиты по административному иску в российском административном процессе: отдельные вопросы теории и правоприменения // Административное право и процесс. 2017. № 7. С. 44–53.

⁶ См., например: Определение Московского городского суда от 8 июня 2020 г. по делу № 3а-3877/2020, Апелляционное определение Московского городского суда от 1 ноября 2017 г. по делу № 33а-5149/2017, Определение Кемеровского областного суда от 20 марта 2019 г. по делу № 33А-3536.

⁷ Тай Ю.В., Будылин С.Л. Обеспечительные меры. Как нам обустроить Россию?! // Вест-

мер предварительной защиты по делам об оспаривании нормативных правовых актов.

Негативные экстерналии от такого подхода усиливаются концентрацией абстрактных начал в праве на оспаривание нормативного акта в действующей редакции КАС РФ⁹. Процессуально это выражается в том, что административный истец восстанавливает свои права следующим образом. Сначала оспаривается нормативный правовой акт в порядке абстрактного нормоконтроля, а затем — в отдельном производстве — заявитель оспаривает ненормативный правовой акт и восстанавливает нарушенное право¹⁰. Приводит ли подобное нормативное регулирование к тому, что существует явная опасность нарушения прав, свобод и законных интересов либо невозможности или затруднительности их защиты без принятия мер предварительной защиты по административному иску? Наверное, нет, так как в конечном счете восстановить нарушенное право возможно. Существует ли риск того, что применение положений нормативного правового акта послужит основанием для вынесения решения уполномоченного органа, а восстановление нарушенного права граждан займет, как минимум, полтора года? Безусловно, такой риск существует. Ответы на данные вопросы позволяют понять, что, хотя, конечно, процессуально-правовая природа мер самой предварительной судебной защиты по административному иску уходит своими корнями в теорию и нормативное процессуальное регулирование мер обеспечения иска в гражданском процессе¹¹, политико-правовые основания для определения основания для принятия обеспечительных мер и для мер предварительной защиты отличаются.

⁹ Джагарян А.А. Право на оспаривание нормативного акта как неотъемлемый способ судебной защиты: проблемы регулирования и реализации в административном судопроизводстве // Вестник гражданского процесса. 2019. № 3. С. 263–287.

¹⁰ Вифлянцева А.О. Нормоконтроль в административном судопроизводстве России // Законодательство. 2020. № 4. С. 69.

¹¹ Стариков М.Ю. Меры предварительной защиты по административному иску в российском административном процессуальном праве: отдельные вопросы теории и правоприменения // Административное право и процесс. 2017. № 7. С. 44–53.

Более того, обсуждение *de lege ferenda* обеспечительных мер привело к разработке математической формулы, которая позволяет относительно объективно ответить на вопрос о необходимости применения обеспечительных мер в конкретном случае. Формула Лейбсдорфа — Познера (Leubsdorf — Posner's formula) предлагает в гражданском процессе принимать решение о применении обеспечительных мер, если ущерб истца при отказе в принятии мер, умноженный на вероятность удовлетворения его исковых требований, превышает ущерб ответчика или третьих лиц при принятии обеспечительных мер, умноженный на вероятность отказа в иске¹². Теория обеспечительных мер исходит из того, что стороны в судопроизводстве имеют равную ценность предмета заявленных требований по заявлению об обеспечительных мерах. Иными словами, 100 тыс. руб. и для гражданина А., и для гражданина Б. будут являться сопоставимыми суммами в бюджете каждого из этих граждан. В административном судопроизводстве условные 100 тыс. руб. будут обладать разной ценностью для государственного бюджета и для бюджета гражданина. Причем важно иметь в виду не просто то, что будет разница, а существенная асимметрия финансовых возможностей.

Покажем это наглядно. В случае, если меры предварительной защиты будут наложены ошибочно при оспаривании нормативного правового акта, то ценой ошибки будет то, что по общему правилу (ст. 89 КАС РФ) меры предварительной защиты сохранятся до вступления в законную силу судебного решения. Учитывая, что чаще всего оспариваются нормативные правовые акты исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации¹³, которые, как правило, связаны с имущественными отношениями между частными лицами и органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации

¹² Абдулов И.В. Проблемы доказывания наличия оснований для принятия обеспечительных мер в арбитражном процессе // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 10. С. 106–119.

¹³ Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению гражданских, административных дел по первой инстанции за 6 месяцев 2020 г. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=5461> (дата обращения: 17.11.2020).

Федерации, то самой частой ценой ошибки будет являться поступление денежных средств в бюджет государства через полгода, тогда как эти денежные средства должны были поступить раньше. В случае же если меры предварительной защиты не будут наложены, то уполномоченный государственный орган вынесет соответствующее решение на основании нормативного правового акта (например, о взыскании каких-либо налоговых платежей), а учитывая, что в одном производстве запрещено объединять требования об оспаривании нормативного правового акта, а также иные материально-правовые требования (п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25 декабря 2018 г. № 50 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами»)¹⁴, то в случае успешного оспаривания нормативного правового акта просто будет инициирован новый процесс об отмене решения. Соответственно, ценой такой ошибки будет то, что гражданин (или юридическое лицо) на полтора года лишится денежных средств, что гораздо более чувствительно.

В силу такой асимметрии мы не можем приравнять последствия наложения обеспечительных мер для административного истца и административного ответчика и убрать этот фактор из формулы. Политико-правовые мотивы, а также этическая мотивация в стремлении к справедливости (принцип соразмерности) должны приводить к созданию принципиально иных критериев. Более того, логика должна быть, скорее всего, прямо противоположной с обеспечительными мерами. Чем больше возможные последствия от принятия мер предварительной защиты, тем ниже должен быть порог для применения таких мер, так как такой подход позволил бы учитывать слишком большую асимметрию финансовых возможностей сторон по административному спору. И, по всей видимости, в административ-

ном судопроизводстве этот фактор должен иметь определяющее значение. С этой точки зрения критерии применения мер предварительной защиты, установленные в ч. 1 ст. 85 КАС РФ (явная опасность нарушения прав, свобод и законных интересов административного истца или неопределенного круга лиц или невозможность, или затруднительность без принятия таких мер восстановления нарушенных), кажутся несколько абстрактными, не учитывающими реальные потребности участников спора.

По всей видимости, именно отсутствие законодательных критериев, которые были бы сформулированы исходя из реального запроса участников спора, не позволяет активно использовать институт мер предварительной защиты на практике (статистика, опубликованная ВС РФ, даже не выделяет обособленно категорию дел «Оспаривание нормативных правовых актов» среди перечня дел, по которым суды применяют меры предварительной защиты)¹⁵. Действительно, существует еще проблема отсутствия нормы, которая бы запретила возможность возмещения убытков административным истцом, причиненных по его инициативе (ходатайству), в результате применения судом мер предварительной защиты по административному иску¹⁶. Безусловно, поддерживая в целом идею запрета взыскания с граждан убытков, в случае применения мер предварительной защиты в отношении административного истца, стоит отметить, что по делам об оспаривании нормативных правовых актов такая проблема не стоит так остро, что, возможно, также связано со слишком маленькой выборкой дел в связи с активными отказами судами в удовлетворении заявлений о применении мер предварительной защиты по административному иску.

Одно из решений данной проблемы нам видится прежде всего в изменении законодательства и создании специального регулирования введения мер предварительной защиты по делам об оспаривании

¹⁴ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25 декабря 2018 г. № 50 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению гражданских, административных дел по первой инстанции за 6 месяцев 2020 г. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=5461> (дата обращения: 17.11.2020).

¹⁶ Медведев И.Р. О возмещении убытков, причиненных обеспечением иска // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 8. С. 34–41.

нормативных правовых актов. Учитывая асимметрию последствий принятия мер предварительной защиты, полагаем, что основным критерием для введения мер предварительной защиты должна быть вероятность спора. Если административный истец продемонстрирует аргумент, что его требования обоснованы и prima facie его аргументация кажется убедительной, то меры предварительной защиты должны быть применены. Российское законодательство, императивно установив ограничение по виду мер предварительной защиты, оставило лишь одну такую меру — запрет применения оспариваемого нормативного правового акта или его оспариваемых положений в отношении административного истца¹⁷. Такой подход зна-

чально делает практически невозможной ситуацию, когда будут введены такие меры предварительной защиты, которые, например, парализуют деятельность государства, а значит, можно снижать стандарт доказывания в пользу административного истца, не боясь, что это приведет к негативным последствиям. Если применение таких мер все же может нанести существенный вред общественному или публичному интересу, то такие требования должны блокироваться судами применением ч. 4 ст. 85 КАС РФ, что все же не исключает того, что такие примеры являются скорее исключением из правил, чем правилами.

мер предварительной защиты они просили запретить изменять номера пунктов нормативных правовых актов, что ввиду активного формирования законодательства было актуально. Суды отказывали в применении таких мер, исходя из действующего законодательства, что, однако, не означало достижение целей правосудия. См.: Определение Московского городского суда от 27 мая 2020 г. по делу № 3а-3877/2020; Определение Московского городского суда от 28 апреля 2020 г. по делу № 3а-3877/2020.

¹⁷ На самом деле такая императивная норма не всегда позволяет эффективно регулировать правоотношения. Например, весной — летом 2020 г. административные истцы пытались оспорить нормативные правовые акты, которые были приняты в связи с распространением новой коронавирусной инфекции. В качестве

Литература

1. Абдулов И.В. Проблемы доказывания наличия оснований для принятия обеспечительных мер в арбитражном процессе / И.В. Абдулов // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 10. С. 106–119.
2. Вифлянцева А.О. Нормоконтроль в административном судопроизводстве России / А.О. Вифлянцева // Законодательство. 2020. № 4. С. 63–69.
3. Джагарян А.А. Право на оспаривание нормативного акта как неотъемлемый способ судебной защиты: проблемы регулирования и реализации в административном судопроизводстве / А.А. Джагарян // Вестник гражданского процесса. 2019. № 3. С. 263–287.
4. Дивин И.М. К вопросу о возможности приостановления судами оспариваемого нормативного правового акта / И.М. Дивин // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 2. С. 48–51.
5. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под редакцией Г.А. Жилина. Москва : Проспект, 2003. 318 с.
6. Кузнецов С.А. Обеспечительные меры в гражданском и административном судопроизводстве / С.А. Кузнецов. Москва : Волтерс Клувер, 2007. 152 с.
7. Медведев И.Р. О возмещении убытков, причиненных обеспечением иска / И.Р. Медведев // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 8. С. 34–41.
8. Никитин С.В. Судебный контроль за нормативными правовыми актами в гражданском и арбитражном процессе : монография / С.В. Никитин. Москва : РАП, Волтерс Клувер, 2010. С. 129.
9. Стариков М.Ю. Меры предварительной защиты по административному иску в российском административном процессуальном праве: отдельные вопросы теории и правоприменения / М.Ю. Стариков // Административное право и процесс. 2017. № 7. С. 44–53.
10. Тай Ю.В. Обеспечительные меры. Как нам обустроить Россию?! / Ю.В. Тай, С.Л. Будылин // Вестник гражданского процесса. 2020. Т. 10. № 4. С. 89–130.

Лобурев**Сергей Никитович,**аспирант Института
законодательства и сравнительного
правоведения при Правительстве
Российской Федерации
ser-loburev@yandex.ru

DOI: 10.18572/1812-383X-2021-1-24-28

Актуальные проблемы назначения и проведения судебных экспертиз по гражданским делам с использованием записей метрических книг

В статье рассматривается ряд сложностей, препятствующих назначению и проведению судебных экспертиз в делах с использованием записей метрических книг, с которыми сталкиваются стороны, другие лица, участвующие в деле, и судебные органы. Автором предлагаются некоторые пути их преодоления.

Ключевые слова: судебная экспертиза, записи метрических книг, стандарт доказывания, судебные постановления, доказательства.

Автором статьи проанализировано более трехсот судебных постановлений¹, вынесенных за период 2016–2019 гг., в которых активно использовались записи метрических книг в качестве доказательств в гражданском процессе, в особом и исковом производствах, для установления факта родственных отношений, вступления в права наследования, признания права собственности на имущество после смерти наследодателей, рожденных в Российской империи.

До проведения анализа указанных судебных постановлений представлялось, что гражданские дела данной категории ничем не должны отличаться от инструментов доказывания в иных гражданских делах. Однако, как оказалось, данные представления не в полной мере отвечали ожиданиям автора.

Необходимо отметить, что по таким делам не проводятся обязательные экспертизы, которые назначаются по инициативе суда, как, например, в делах о признании гражданина недееспособным назначается судебно-психиатрическая экспертиза (ст. 283 Гражданского процессуального кодекса РФ; далее — ГПК РФ). Тем не менее в судебных постановлениях по таким делам можно проследить единичные случаи проведения традиционных, но необязательных экс-

пертиз², назначаемых по ходатайствам сторон, других лиц, участвующих в деле. И полностью отсутствует назначение и проведение нетрадиционных судебных экспертиз, что указывает на то, что ходатайства о проведении экспертиз от сторон, других лиц суду не поступают, а судебные органы по данному вопросу проявляют пассивную роль в стимулировании сторон в их назначении. В противном случае в судебных актах можно было бы обнаружить судебную оценку проведенных экспертных заключений или мотивов отказа суда в проведении судебной экспертизы. Под нетрадиционной судебной экспертизой мы понимаем проведение исследования, по которому отсутствует соответствующая методика и которое не закреплено в качестве таковой в законодательстве Российской Федерации. Анализ записей метрических книг относится как раз к подобной экспертизе. По каким причинам

¹ Интернет-сайт Судебного департамента ВС РФ. URL: <https://sudrf.ru/index.php?id=300> (дата обращения: 12.11.2020).

² Например, судебная почерковедческая экспертиза по проверке подлинности подписи наследодателя в завещании. См.: Определение Мосгорсуда от 1 марта 2019 г. по делу № 4г/7-2007/19. URL: <https://bsr.sudrf.ru/bigs/portal.html> (дата обращения: 12.11.2020); Судом отклонено ходатайство истца о проведении судебной молекулярно-генетической экспертизы из-за отсутствия биологического материала наследодателя. См.: Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 6 февраля 2019 г. по делу № 33-2566/2019. URL: <https://bsr.sudrf.ru/bigs/portal.html> (дата обращения: 12.11.2020).

нетрадиционные судебные экспертизы практически не назначаются судами и, соответственно, не проводятся экспертами? Автор попытается ответить на поставленный вопрос в данной статье.

При рассмотрении судами гражданских дел в особом производстве при установлении факта родственных отношений и в исковом производстве при множественном требовании истца об установлении фактов родственных отношений, вступления в права наследования, признания права собственности и иных сходных требованиях, с использованием метрик, сложился определенный «стандарт доказывания»³. Стандарт предусматривает, как правило, представление суду минимум двух веских доказательств. Одним из которых всегда являются объяснения сторон и третьих лиц, в комбинации с одним из других видов (представление иных доказательств при этом не потребуются) возможных доказательств, предусмотренных ст. 55 ГПК РФ, — представлением письменных и вещественных доказательств, показаниями свидетелей. Так сложилось, что аудио- и видеозаписи вообще не используются в качестве доказательств в данной категории дел, а достаточно редкие заключения экспертов применяются только при проведении традиционных экспертиз.

В проанализированных судебных актах наиболее часто используются участниками процесса в порядке убывания частоты встречаемости следующие комбинации доказательств.

Первая комбинация доказательств — это объяснения сторон, третьих лиц и представление письменных доказательств: архивных справок, разъяснений научно-исследовательских институтов (НИИ) и архивных учреждений, свидетельств о госрегистрации актов гражданского состояния других родственников для прослеживания цепочки родственных отношений и других документов.

При отсутствии метрических записей или противоречивости данных, которые вытекают из них: разночтения ФИО, ме-

ста, даты рождения, второй комбинацией доказательств могут являться объяснения сторон, третьих лиц и свидетельские показания, как правило, родственников или соседей наследодателя, которые могут подтвердить родственную связь: наследники навещали наследодателя при жизни, наследодатель в устной речи сообщал, что они являются родственниками, по фотографиям, на которых запечатлены наследник с наследодателем, свидетели могут подтвердить, кто изображен на фотографиях.

Третьей комбинацией доказательств могут являться объяснения сторон, третьих лиц и заключение судебного эксперта при наличии разночтений в представленных доказательствах и отсутствии иных доказательств. Что касается проанализированной выборки судебных постановлений, ни в одном из дел не была назначена и не проведена нетрадиционная судебная экспертиза записей метрических книг.

К.В. Петров указывает на то, что при фиксации сведений в метрических и актовых книгах часто допускались похожие ошибки (описки). Однако в ходе исследования доказательств по делу, при отсутствии иных доказательств, установить данное обстоятельство практически невозможно. Для разрешения ситуации представляется целесообразным назначать судебную экспертизу⁴.

По справедливому утверждению Е.Р. Россинской и Е.И. Галяшиной, «в соответствии с процессуальным законодательством в качестве судебного эксперта может быть вызвано любое лицо, обладающее специальными познаниями, необходимыми для дачи заключения»⁵.

Таким образом, в качестве судебных экспертов при рассмотрении гражданских дел могут привлекаться: государственные эксперты — сотрудники государственных судебно-экспертных учреждений (далее — СЭУ); частные эксперты — сотрудники

³ Аргунов В.В., Долова М.О. О так называемых стандартах доказывания применительно к отечественному судопроизводству // Вестник гражданского процесса. 2019. № 2. С. 76–104.

⁴ Петров К.В. Проблемы использования метрических книг и актовых книг отделов ЗАГС 1920-х гг. как средств доказывания при установлении фактов в порядке гл. 28 ГПК РФ // Ленинградский юридический журнал. 2018. № 1 (51). С. 54.

⁵ Россинская Е.Р., Галяшина Е.И. Настольная книга судьи: судебная экспертиза. М.: Проспект, 2010. С. 34.

негосударственных СЭУ; индивидуальные частные эксперты, не являющиеся сотрудниками СЭУ.

Федеральным законом от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» достаточным образом установлен правовой статус только государственных судебных экспертов⁶. Статья 41 Федерального закона № 73-ФЗ не распространяет профессиональные и квалификационные требования на частных экспертов. Вопросы правового регулирования производства судебных экспертиз частными экспертами, обладающими специальными знаниями в области науки, техники, искусства или ремесла, не достаточно урегулированы материальными и процессуальными нормами.

Законодательством Российской Федерации не определен конечный список экспертиз. М.К. Треушников пишет о том, что «виды экспертиз, применяемых в гражданском процессе, по своему характеру и предмету так же разнообразны и многочисленны, как и отрасли специальных знаний. Следовательно, дать исчерпывающий перечень видов экспертиз невозможно»⁷.

Приказами Минюста России, МВД России, Минздрава России и другими ведомствами⁸ утверждены перечни родов (видов) экспертиз, по которым возможно проведение экспертизы и экспертных специальностей, проводимых в государственных судебно-экспертных учреждениях.

⁶ Статьи 12, 13 Федерального закона от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» устанавливают профессиональные и квалификационные требования, предъявляемые к эксперту в государственных судебно-экспертных учреждениях.

⁷ Треушников М.К. Судебные доказательства. 5-е изд., доп. М.: Изд. дом «Городец», 2018. С. 218.

⁸ Например, см.: Приказ Минюста России от 27 декабря 2012 г. № 237 (ред. от 13.09.2018) «Об утверждении Перечня родов (видов) судебных экспертиз, выполняемых в федеральных бюджетных судебно-экспертных учреждениях Минюста России, и Перечня экспертных специальностей, по которым представляется право самостоятельного производства судебных экспертиз в федеральных бюджетных судебно-экспертных учреждениях Минюста России» (Зарегистрировано в Минюсте России 29.01.2013 № 26742) // СПС «КонсультантПлюс».

Поскольку в них отсутствует вид экспертизы — анализ записей метрических книг и отсутствуют государственные судебные эксперты с подобной специализацией, таких экспертов не обучают подобной специальности, в отличие от государственных экспертов, выбор эксперта сужается до поиска частного эксперта.

По мнению автора, стороны и судебные органы сталкиваются с определенными трудностями, которые препятствуют назначению и проведению экспертиз. Типовыми трудностями можно признать следующие.

Первое — поиск образцов (метрических записей и иных документов в архивных и иных учреждениях) для сравнительного исследования, которые могут быть переданы эксперту, значительно затруднен, может занимать много времени и средств, очень часто заканчивается отрицательным результатом, а положительный результат поиска одного, а тем более двух и более образцов представляет большую удачу для столетних документов.

Автором предлагается расширить поиск письменных источников, которые могли фиксировать параллельную информацию об одной семье и конкретном субъекте в качестве «образцов» для сравнительного анализа эксперта. Представляется целесообразным осуществлять поиск информации по «параллельным» источникам: приходским и консисторским экземплярам метрических книг, которые могут существенно отличаться по содержанию друг от друга, а также исповедным росписям⁹, документам «брачного обыска»¹⁰, ревизским сказкам¹¹ и пришедшим им на

⁹ Исповедные росписи (период ведения 1716–1918 гг.) — поименные списки всех жителей прихода с указанием пола, возраста, сословной принадлежности и отметкой о бытии (или небытии) у исповеди. См.: Погодаева И.А. Исполнение долга исповеди и причастия в Иркутске в XIX в. URL: http://mion.isu.ru/filearchive/mion_publications/sb-confess/2_6.html (дата обращения: 12.11.2020).

¹⁰ Период ведения «брачного обыска» с 1765 по 1918 г. При вступлении в брак будущие супруги должны были подать приходскому священнику документы («брачный обыск»), среди которых были: разрешение родителей, сведения о возрасте, социальном положении, вероисповедании, о том, не состоят ли они в духовном или кровном родстве. См., напр.: ЦГИА СПб. Ф. 19. Оп. 128. Д. 1981.

¹¹ Ревизские сказки — это подворовая перепись населения страны для целей налогообложения.

смену посемейным спискам¹² и другим документам. Эти документы также являются источником личной информации, однако в решениях суда практически не встречаются в качестве доказательств, это говорит о незнании в существовании таких источников и неполной их сохранности.

Второе — наибольшее количество описок (ошибок) встречается в записях фамилий граждан. Представляется, что для эксперта должно быть представлено как минимум три образца для сравнительного анализа со сходной информацией, что является редкостью. По двум образцам с разными вариантами написания фамилии эксперт не сможет ответить на вопрос, где имеется описка, и как раз третий образец, который будет соответствовать первому или второму образцу, позволит сделать соответствующий вывод, что описка есть в одном из трех документов. Если существуют два образца со сходной информацией без разночтений в фамилии, это нивелирует саму необходимость проведения экспертизы, их будет достаточно для того, чтобы сделать соответствующее умозаключение и без привлечения эксперта.

Функции экспертов частично принимают на себя специалисты НИИ, архивных учреждений, дающие соответствующие разъяснения суду о содержании записей метрических книг, а также сам суд.

Так, например, фамилия истца — «Чубуков» имела разночтение в одной букве и не соответствовала фамилии наследодателя, указанной в архивной справке, выданной на основании записей метрической книги, — «Чебуков»; суд при наличии других документов и совпадении всех других данных с другими документами сделал вывод, что в фамилии наследодателя содержится описка в одной букве, и преодолел данное разночтение фамилий в пользу истца, признав его родственником наследодателя¹³.

Третье — одна из сторон дела должна убедить суд, подав ему соответствующее

ходатайство, что без специальных познаний эксперта при рассмотрении дела не обойтись, и представить квалифицированную кандидатуру частного специалиста, который, с одной стороны, согласится стать судебным экспертом на время рассмотрения данного дела, с другой — по уровню квалификации будет соответствовать субъективным требованиям суда, не определенным законодательством Российской Федерации, в части привлечения частных экспертов. Представляется, что данным требованиям могут соответствовать, например, достаточно редкие специалисты-историки, работающие в НИИ или архивных учреждениях.

Четвертое — суд на основании своего внутреннего убеждения должен решить большое количество субъективных вопросов: об удовлетворении или неудовлетворении ходатайства стороны дела о назначении экспертизы, привлечении соответствующего частного специалиста в качестве судебного эксперта, указании в определении суда рода (вида) экспертизы и постановке вопросов судебному эксперту, а после проведения экспертизы решить вопрос, принимать или нет результаты данной экспертизы в качестве источника доказательств.

Может ли суд сам определить вид экспертизы, сформулировав ее приблизительно? По нашему мнению, суд, ввиду пробельности закона, вправе сформулировать ориентировочное наименование экспертизы, например, как «сравнительный анализ записей метрических книг и других исторических источников».

К.В. Петров не называет вид экспертизы¹⁴, который должен быть указан судом в определении о назначении экспертизы (ст. 80 ГПК РФ), говорит только о том, что «оптимальным решением является назначение экспертами историков, которые являются специалистами по источниковедению, т.е. профессионально владеющими

Всего с 1718 по 1856 г. было проведено 10 ревизий.

¹² Посемейные списки велись с 1858 г. и до 20-х гг. XX в. для учета населения, в первую очередь крестьян и мещан.

¹³ Решение Центрального районного суда г. Барнаула от 19 сентября 2017 г. по делу 2-4152/2017 ~ М-3895/2017. URL: <https://centralny--alt.sudrf.ru> (дата обращения: 12.11.2020).

¹⁴ В обзоре судебной практики указывается в качестве одного из недостатков работы суда при назначении экспертизы: «В отдельных случаях суды при назначении экспертизы не указывали ее наименование, а вместо этого указывали в определении ожидаемые от исследования результаты». См.: Обзор судебной практики по применению законодательства, регулирующего назначение и проведение экспертизы по гражданским делам, утв. Президиумом ВС РФ 14 декабря 2011 г. // СПС «КонсультантПлюс».

приемами критического анализа исторических документов»¹⁵.

Т.В. Сахнова утверждает, что эксперт не объясняет уже имеющийся факт, а добывает новый и дает ему профессиональную оценку, которая и составляет содержание судебного доказательства — заключения эксперта¹⁶. Из-за отсутствия утвержденной методики данного исследования возникают сложности верификации субъективных выводов эксперта, указанных в его заключении. У суда могут возникнуть сомнения в научности методов, используемых экспертом при проведении данной экспертизы, а также умозрительности его выводов. Возникает вопрос: может ли появляться новое знание в результате проведения данной экспертизы? Проводятся ли в результате экспертизы специальные научные исследования? Предлагается научность выводов эксперта оценивать судом в каждом конкретном заключении эксперта.

Пятое — постановка вопросов судебному эксперту. По нашему мнению, является не совсем правильным ставить судебному эксперту вопрос о наличии или отсутствии описок в представленных ему образцах метрических записей, так как без иных «эталонных» образцов сделать это не представляется возможным. А целесообразнее объяснить особенность старославянского языка, словообразования, написания тех или иных букв и слов. Суд при этом самостоятельно оценит сово-

купность представленных доказательств и сделает соответствующий вывод, в том числе принимать или нет результаты экспертного заключения. В противном случае такой вопрос о наличии описок и ошибок является, по сути, юридическим вопросом, который решает суд, а не эксперт.

Шестое — наличие пробелов в законе в вопросах определения правового статуса частных судебных экспертов, назначения и проведения отдельных нетрадиционных видов экспертиз, не указанных в качестве таковых в законодательстве Российской Федерации, отсутствие разработанных методик исследования и разграничения полномочий при проведении традиционных (обязательных) и нетрадиционных экспертиз между государственными и частными экспертами.

Часть 4 ст. 1 ГПК РФ допускает применение судами аналогии закона, поэтому назначение и проведение данного вида экспертизы допустимо судом, даже если экспертиза напрямую и не указана в качестве утвержденного вида экспертиз и в отсутствие государственных судебных экспертов с соответствующей квалификацией.

Таким образом, при исследовании данного вопроса автор пришел к общему выводу, что выявленные проблемы в отношении проведения частных экспертиз одинаково применимы и к другим нетрадиционным и необязательным видам экспертиз, не указанным в законодательстве Российской Федерации в качестве таковых не только для гражданского процесса, но и для процессуального законодательства России в целом, требующим в основном преодоления пробелов путем дополнения действующего законодательства.

¹⁵ Петров К.В. Указ. соч.

¹⁶ См.: Сахнова Т.В. Доказательственное значение специальных познаний // *эж-Юрист*. 2004. № 21. С. 4–5.

Литература

1. Аргунов В.В. О так называемых стандартах доказывания применительно к отечественному судопроизводству / В.В. Аргунов, М.О. Долова // *Вестник гражданского процесса*. 2019. № 2. С. 76–104.
2. Петров К.В. Проблемы использования метрических книг и актовых книг отделов ЗАГС 1920-х гг. как средств доказывания при установлении фактов в порядке гл. 28 ГПК РФ / К.В. Петров // *Ленинградский юридический журнал*. 2018 № 1 (51). С. 49–57.
3. Россинская Е.Р. Настольная книга судьи: судебная экспертиза / Е.Р. Россинская, Е.И. Галяшина. Москва : Проспект, 2010. 464 с.
4. Сахнова Т.В. Доказательственное значение специальных познаний / Т.В. Сахнова // *эж-Юрист*. 2004. № 21. С. 4–5.
5. Треушников М.К. Судебные доказательства / М.К. Треушников. 5-е изд., доп. Москва : Городец, 2018. 304 с.

Зернов**Станислав Иванович,**

генеральный директор
автономной некоммерческой
организации
«Научно-исследовательский центр
экспертизы безопасности»,
доктор юридических наук, профессор
b8.apoexsafety@gmail.com

DOI: 10.18572/1812-383X-2021-1-29-35

К вопросу о рецензировании заключения эксперта по исковым производствам в гражданском и арбитражном процессах

По исковым производствам, как правило, требуется проведение судебной экспертизы с целью установления объективной стороны спора. Оценка достоверности заключения эксперта для суда представляет сложность, поскольку требуется применение специальных знаний. Рассматриваются правовые вопросы представления в суд заключения специалиста (рецензии) на заключение эксперта как способа реализации принципа состязательности сторон. Приводятся рекомендации по взаимодействию адвоката и специалиста при оспаривании заключения судебного эксперта с помощью рецензии.

Ключевые слова: судопроизводство, специальные знания, состязательность, оценка заключения эксперта, оспаривание, рецензия.

Исковые производства по гражданским и арбитражным делам составляют наибольшую долю в загрузке судов. При рассмотрении соответствующих исков требуется установление объективной стороны спора между сторонами по поводу осуществления субъективных прав и обязанностей, и при этом, как правило, назначается судебная экспертиза.

Известно, что достоверность доказательств — одно из главных требований, предъявляемых законом к доказательствам, оно означает соответствие их действительности¹. Для заключения эксперта требование к его достоверности особенно значимо, принимая во внимание большие сложности с проверкой достоверности при рассмотрении дела судом².

В последнее время заметно возросла потребность в использовании специальных знаний для анализа заключения эксперта с той или иной целью³, чаще всего для того, чтобы добиться исключения заключения эксперта из числа доказательств, принимая во внимание выявлен-

ные при рецензировании ошибки и другие недостатки. В отдельных случаях рецензирование проводится с обратной целью — для того чтобы подчеркнуть полноту и объективность заключения эксперта, достоверность сформулированных в нем выводов. И заключение специалиста (рецензия) на ранее выполненную судебную экспертизу представляет эффективное средство подобной проверки в рамках реализации принципа состязательности сторон в судопроизводстве.

Практика рецензирования достаточно разнообразна, получение рецензии становится одним из тактических приемов в деятельности сторон, отстаивающих свои права и интересы. Доступные для ознакомления примеры рецензий на экспертные заключения по гражданским и арбитражным исковым производствам свидетельствуют о большом разнообразии представлений рецензентов о том, что из себя должна представлять рецензия — какова ее форма, какие разделы включает, насколько глубока, необходима ли проработка рецензируемого материала для обоснования выводов рецензента и т.д. Иногда рецензия содержит лишь перечисление выявленных в заключении эксперта мелких неточностей (например, неполное описание представленных на экспертизу объектов исследования, отсутствие указания количества страниц во включенных в список использованной литературы

¹ Большой юридический словарь / А.Я. Сухарев, В.Е. Крутских, А.Я. Сухарева. М.: ИНФРА-М, 2003. 704 с.

² Соловьев С.А. Пределы судебного усмотрения при оценке заключения эксперта и мнения специалиста: Гносеологический аспект // Адвокатская практика. 2017. № 4. С. 17–22.

³ Ефремов И.А. Судебная экспертиза // Адвокатская практика. 2017. № 6. С. 32–37.

источниках, нераскрытие некоторых используемых экспертами терминов и т.п.), которые вряд ли можно рассматривать как основание для назначения повторной экспертизы. Нередко создается впечатление, что рецензент берется за свою работу, пытаясь хотя бы что-то написать в критическом стиле.

Эту ситуацию можно рассматривать как свидетельство недостаточной компетентности рецензентов в знании методического обеспечения соответствующего вида (рода) экспертизы, неумения найти те существенные недостатки рецензируемого заключения эксперта, которые позволили бы настаивать на признании его ненадлежащим доказательством по рассматриваемому судом делу. Впрочем, иногда рецензенту, действительно, нечего писать по существу, по объективной причине — когда представленное на рецензию заключение эксперта безукоризненно, выполнено на высоком профессиональном уровне, с изложением проведенного исследования в полном объеме, согласно соответствующим методикам, а выводы эксперта являются обоснованными, четкими и конкретными.

С другой стороны, идут споры о том, что собой представляет рецензия на заключение эксперта в правовом поле. Когда сторона процесса заявляет ходатайство о приобщении к материалам дела подготовленной в инициативном порядке рецензии на заключение эксперта, суд, как правило, отказывает в удовлетворении такого ходатайства, указывая, что рецензия не предусмотрена процессуальным законодательством и поэтому недопустима для доказывания своей позиции. Некоторые авторы⁴ относят рецензию заключения эксперта к письменным доказательствам и, исходя из этого, считают неправомерными подобные отказы судов, учитывая, что процессуальное законодательство не содержит ограничений по видам письменных доказательств, а при подготовке рецензии используется помощь специалиста, участие которого в судопроизводстве предусмотрено процессуальным законодательством (ст. 188 Гражданского процессуального кодекса РФ; далее — ГПК РФ; ст. 55.1 Арбитражного процессуального кодекса РФ; далее — АПК РФ).

Однако следует иметь в виду, что специалистом в процессуальном значении привлеченное лицо становится только после его признания судом как специалиста, но сторона процесса таким правом в соответствии с процессуальным законодательством не обладает. Поэтому рецензия на заключение эксперта не может рассматриваться в качестве заключения, подготовленного «специалистом» как процессуальной фигурой, до признания его таковым судом. Суд, как правило, мотивирует свое мнение отсутствием в гражданском и арбитражном процессуальных кодексах упоминания заключения специалиста как доказательства (ст. 55 ГПК РФ и ст. 64 АПК РФ).

Отнесение рецензии на заключение эксперта к группе письменных доказательств допускается некоторыми авторами (утверждения об этом нередко встречаются в публикациях), но это мнение расходится с позицией известных процессуалистов, поскольку «*письменные доказательства, как общее правило, возникают до процесса, вне связи с ним*»⁵, в то время как рецензия на заключение эксперта появляется вне уже начатого процесса, но в результате непроцессуальных инициативных действий стороны процесса.

Также авторы комментария⁶ к ст. 89 АПК РФ прямо пишут, что заключения экспертов и специалистов, проведенные сторонами по делу во внесудебном порядке и затем представленные в материалы дела, могут относиться к иным документам и материалам (*со ссылкой на Постановление ФАС Московского округа от 25 апреля 2011 г. № КГ-А40/1978-11 по делу № А40-72971/10-48-627*). Профессор А.П. Рыжаков, комментируя ст. 75 АПК РФ⁷, рассматривая признаки, отличающие письменные доказательства от других источников фактических данных, под-

⁵ Треушников М.К. Судебные доказательства. М.: Городец, 1999. С. 210.

⁶ Научно-практический комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (постатейный, по сост. на 18.09.2017) / под ред. А.П. Морозова // СПС «КонсультантПлюс». 2017.

⁷ Рыжаков А.П. Постатейный комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (по сост. на 30.01.2015). 10-е изд., испр. и доп. // СПС «КонсультантПлюс». 2015.

⁴ Тарасова Ю. Экспертиза: правила оспаривания // эж-Юрист. 2016. № 12.

черкивает, что «если способ составления документа не позволяет установить его достоверность (достоверность документа) и данный носитель информации появился вне арбитражного процесса, это такая разновидность доказательства, как аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы». Таким образом, поскольку такой носитель информации, как рецензия на заключение эксперта, появляется **вне судебного процесса**, в результате сопутствующих ему инициативных действий стороны процесса, то становится очевидным, что рецензии на заключение эксперта следует относить к **иным документам**.

Это распространенное мнение также полностью соответствует смыслу позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее — ВАС РФ), отраженной в п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 23⁸, где указано: «13. Заключение эксперта по результатам проведения судебной экспертизы, назначенной при рассмотрении иного судебного дела, а равно заключение эксперта, полученное по результатам проведения внесудебной экспертизы, не могут признаваться экспертными заключениями по рассматриваемому делу. Такое заключение может быть признано судом **иным документом**, допускаемым в качестве доказательства в соответствии со статьей 89 АПК РФ». То есть дается прямая отсылка заключения эксперта, полученного по результатам проведения внесудебной экспертизы, к группе иных документов и материалов при условии, если в них содержатся сведения об обстоятельствах, имеющих значение для правильного рассмотрения дела (ст. 89 АПК РФ). Заметим, что заключение специалиста (рецензия) на ранее выполненную судебную экспертизу по своему содержанию, форме и процессуальному положению в общем случае идентично заключению внесудебной экспертизы.

Особенно четко и аргументированно правильное, соответствующее духу закона восприятие судебной системой рецензии на заключение эксперта выражено в из-

вестном Определении Верховного Суда Российской Федерации от 25 января 2018 г. по делу № 305-ЭС17-11486⁹, где в мотивировочной части определения прямо указано, что «представленное ответчиком заключение специалиста составлено с целью опровержения выводов экспертизы, проведенной по данному делу, а потому имеет отношение к настоящему делу. Требования к оформлению такого заключения, фактически представляющему собой мотивированные объяснения стороны относительно дефектов судебной экспертизы, законом не установлены, а следовательно, оно неправомерно признано судом недопустимым доказательством. Не приобщив указанный документ и не дав оценку его содержательной части, суд лишил сторону возможности доказать свои возражения в части объема выполненных работ и обоснованности встречного иска. В этой связи нельзя признать правомерным отказ суда в проведении повторной экспертизы».

Учитывая вышеизложенное, можно констатировать факт — институт рецензирования (в виде заключений специалиста) ранее выполненных экспертиз в судопроизводстве получил официальное признание.

Как видно из этого, высшая судебная инстанция Российской Федерации одобрила практику применения заключений специалиста (рецензий) на ранее выполненные судебные экспертизы в гражданском и арбитражном процессе, подтвердила правомерность такого рецензирования, при этом указала на:

— **допустимость представления стороной заключения специалиста, составленного с целью опровержения выводов экспертизы, проведенной по рассматриваемому судом делу;**

— **допустимость представления стороной такого заключения специалиста, которое фактически представляет собой мотивированные объяснения стороны относительно дефектов судебной экспертизы, а для таких объяснений стороны требования по оформлению законом не установлены;**

⁸ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 4 апреля 2014 г. № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2014. № 6.

⁹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 25 января 2018 г. по делу № 305-ЭС17-11486 // Официальный сайт Верховного Суда Российской Федерации. URL: http://vsrf.ru/stor_pdf_ec.php?id=1618626

— отсутствие у суда законных оснований для отказа принимать к рассмотрению такое заключение специалиста, которое фактически представляет собой мотивированные объяснения относительно дефектов судебной экспертизы стороны, реализующей таким образом свое законное право на состязательность сторон как принцип правосудия.

По нашему мнению, эти положения крайне важны для развития практики судопроизводства в нынешних условиях, в особенности учитывая недостаточную проработанность в процессуальном законодательстве вопроса о применении специальных знаний при оценке заключения эксперта.

Коснувшись вопроса о процессуальной значимости заключения специалиста (рецензии) на ранее выполненную судебную экспертизу, рассмотрим существенные особенности такой рецензии, объективные требования к ее структуре и содержанию.

Сразу заметим, что и в этом отношении существует множество мнений и подходов. Интернет буквально переполнен предложениями отрецензировать заключение эксперта; на сайтах и в различных публикациях рассказывается о сути и задачах рецензирования, обсуждаются используемые при этом технологии. Дело заходит столь далеко, что некоторые авторы даже призывают рассматривать рецензирование заключения эксперта как *«относительно самостоятельный вид деятельности, характеризующийся применением специальных методов и приемов»*, рассуждают о потребности в особом *«научном подходе и выделении методологии рецензирования судебных экспертиз в качестве самостоятельного предмета исследования»*¹⁰.

Автор не разделяет подобных тенденций, принимая во внимание, что рецензия — это всего лишь профессиональный критический отзыв о предмете рецензирования. Термин *recensio* имеет латинские корни и означает *«рассмотрение, отзыв о чем-либо»*, и основная задача рецензента — оценка его достоинств и недостатков, при соблюдении принципов

объективности, аргументированности, справедливости и беспристрастности¹¹. Заметим, что эти принципы рецензирования тесно соотносятся с теми принципами, которыми руководствуются суды при оценке доказательств по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств, при этом никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы (ст. 67 ГПК РФ, ст. 71 АПК РФ). Заключение эксперта, как и любое судебное доказательство, проверяется судом в соответствии с предусмотренными процессуальным законодательством процедурами для того, чтобы суд мог убедиться, удовлетворяет ли доказательство критериям относимости, допустимости и достоверности, является ли оно информативным для того, чтобы наряду с другими доказательствами быть использованным при обосновании решения суда по рассматриваемому делу, притом что никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы¹². Как указано в п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 декабря 2003 г. № 23 *«О судебном решении»*¹³, *«оценка судом заключения должна быть полно отражена в решении. При этом суду следует указывать, на чем основаны выводы эксперта, приняты ли им во внимание все материалы, представленные на экспертизу, и сделан ли им соответствующий анализ»*.

Таким образом, одной из прямых задач (обязанности) суда является полная и всесторонняя оценка заключения эксперта, как и любого другого доказательства, но при этом исследование и оценка заключения эксперта несколько отличаются от подобных процедур, осуществляемых судами в отношении других доказательств. Прежде всего это объясняется необходимостью применения при исследовании за-

¹¹ Как написать рецензию. URL: <https://edunews.ru/school/info/kak-napisat-recenziyu.html>

¹² Беспалов Ю.Ф., Егорова О.А. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (Постатейный, научно-практический). 2-е изд., перераб. и доп. // СПС «КонсультантПлюс». 2017.

¹³ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 декабря 2003 г. № 23 *«О судебном решении»* // Российская газета. 2003. № 260.

¹⁰ Лимонов С.В. Методология рецензирования судебных экспертиз // International Journal of Humanities and Natural Sciences. Vol. 9. P. 220–225 (Серия «Юридические науки»).

ключения эксперта специальных знаний, которыми суд не обладает.

Учитывая эти особенности, для оказания помощи судьям подготовлено немало методических материалов, среди которых, несомненно, выделяется «Настольная книга судьи: судебная экспертиза» (изд-во «Перспект», 2011)¹⁴, где в разделе 5.2 применительно к оценке судом экспертного заключения процесс оценки разложен на несколько последовательных стадий:

Стадия I. Проверка соблюдения требований закона при назначении экспертизы, которая заключается в выяснении ответа на ряд вопросов.

Стадия II. Проверка подлинности и достаточности исследовавшихся вещественных доказательств и образцов, при которой оценке подлежит подлинность вещественных доказательств и образцов, их пригодность для проведения исследований и достаточность для того, чтобы дать заключение. Пригодность и достаточность образцов для исследования определяются с точки зрения используемых методик экспертного исследования.

Стадия III. Оценка научной обоснованности экспертной методики и правомерности ее применения в данном конкретном случае является весьма сложной, поскольку судья, прокурор, следователь, дознаватель, лицо, рассматривающее дело об административном правонарушении, как правило, не являются специалистами в той области знаний, к которой относится исследование.

Стадия IV. Проверка и оценка полноты и всесторонности заключения.

Стадия V. Оценка логической обоснованности хода и результатов экспертного исследования производится путем анализа последовательности стадий экспертного исследования, логической обусловленности этой последовательности, логической обоснованности экспертных выводов промежуточными результатами, с поиском в заключении эксперта формально-логических ошибок.

Стадия VI. Проверка относимости результатов экспертного исследования к делу, по которому назначена судебная

экспертиза (т.е. их доказательственное значение, связь с предметом доказывания и с иными обстоятельствами дела, установление которых необходимо для достижения целей судопроизводства).

Стадия VII. Проверка соответствия выводов эксперта имеющимся по делу доказательствам (оценка экспертного заключения в совокупности с другими доказательствами).

В дополнение к этим семи стадиям проверки, в книге¹⁵ приведен ряд факультативных рекомендаций по оценке допущенных экспертом при составлении заключения некоторых действий (например, отказ эксперта ответить на все поставленные перед ним вопросы или на их часть, переформулирование им экспертного задания, выход эксперта за пределы экспертного задания с учетом квалификации эксперта и т.д.). При этом авторы вполне справедливо констатируют: «Следователь и суд не в состоянии оценить ни научную обоснованность выводов, ни правильность выбора и применения методов исследования, ни соответствие этого метода современным достижениям данной области научного знания, поскольку для такой оценки они должны обладать теми же знаниями, что и эксперт. Единственной возможностью проверки научной обоснованности и достоверности экспертного заключения является реальная состязательность экспертов...» То есть при оценке заключения эксперта все же целесообразно использовать помощь другого эксперта (специалиста).

Также представляет определенный интерес позиция авторов книги¹⁶ в отношении ситуации, когда при производстве повторной экспертизы подверглось критическому анализу заключение первичной экспертизы; по их мнению, «критика может касаться только сущности проведенного экспертного исследования, использованных при этом методик. Эксперт не вправе подменять следователя или суд и давать оценку доказательственному значению выводов, субъективным или юридическим основаниям дачи ошибочного первичного заключения». При этом высказывается рекомендация суду в рамках судебного разбирательства давать оценку обоим этим заключениям в совокупности, проанали-

¹⁴ Россинская Е.Р., Галяшина Е.И. Настольная книга судьи: судебная экспертиза: Теория и практика, типичные вопросы и нестандартные ситуации. М.: Изд-во «Перспект», 2011. 464 с.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Там же.

зировав обоснованность критики первой экспертизы, содержащейся в заключении повторной экспертизы, особенно если имеется расхождение в выводах. Рекомендация, конечно, важная, но вряд ли суд сможет при подобном сравнительном анализе двух заключений выйти за пределы лишь формальных моментов (например, оставленные без внимания эксперта обстоятельства или объекты исследования, неясные формулировки выводов и т.п.), а выбор и правильность применения экспертных методик и другие, более сложные вопросы применения специальных знаний в рамках экспертиз суд оценить не сможет.

В приведенной выше цитате из книги¹⁷ в части критики ранее проведенного экспертного исследования представляется важным обратить внимание на сделанный ее авторами акцент на том, что, критикуя (то есть фактически рецензируя) заключение эксперта, эксперт (специалист-рецензент) должен сосредоточиться на **сущности рецензируемого экспертного исследования, на правильности выбора и применения использованных методик, не подменяя правоприменителя при оценке доказательственного значения выводов, субъективных или юридических оснований дачи ошибочного и/или содержащего нарушения закона (по мнению рецензента) заключения эксперта.** Данное предложение по разграничению пределов компетенции эксперта (специалиста-рецензента) и правоприменителя при оценке заключений экспертов представляется правильным и обоснованным, и его, по нашему мнению, целесообразно принять за основу при формулировании основных принципов подготовки заключения специалиста-рецензии.

По устоявшейся практике, критическое отношение стороны процесса к ранее выполненной по делу экспертизе отражается в ходатайстве адвоката (юридического представителя) стороны с приложением заключения специалиста (рецензия) на ранее выполненную судебную экспертизу. Но ходатайство является, как правило, лишь сопроводительным документом, сообщаящим суду о подготовленной рецензии, а сама приложенная рецензия представляет собой объемистый труд, со-

державший анализ рецензируемого заключения по всем аспектам — как по форме, так и по содержанию. Такая форма рецензии, по нашему мнению, затрудняет ознакомление с ней суда, причем значительная часть рецензии оказывается посвященной обсуждению **вопросов, не требующих применения специальных знаний.**

Это вопросы по заключению эксперта, связанные, например, с:

— *неполнотой сведений о квалификации эксперта и опыте работы, с учетом содержания экспертного задания;*

— *явным выходом эксперта за пределы своей профессиональной специализации и компетенции (при решении вопросов правового характера или относящихся к иной экспертной специальности);*

— *ошибками в наименовании экспертизы (первичной, комиссионной, комплексной, а также — по роду или виду), включая возможное несоответствие с формулировками, указанными в определении (постановлении) о назначении экспертизы;*

— *отсутствием объяснения по поводу проведения экспертизы иной по форме, чем назначена (в случае проведения комиссионной экспертизы, когда назначена комплексная, и наоборот);*

— *несоответствием установленным требованиям при оформлении подписки эксперта об уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ за дачу заведомо ложного заключения;*

— *изменением экспертом формулировки вопросов, указанных в определении (постановлении) о назначении экспертизы;*

— *наличием в заключении эксперта ссылок на источники информации по делу, не указанные в качестве исходных данных, представленных эксперту с определением (постановлением) о назначении экспертизы, или полученные им в дальнейшем по ходатайству о запросе дополнительных данных;*

— *несоответствием количеству поставленных вопросов;*

— *отсутствием удостоверяющих подписей и печатей на листах заключения эксперта, и т.п.*

Подобные недостатки в заключении эксперта легко обнаруживаются (во всяком случае должны быть обнаружены) судом и грамотным юристом, представляющим интересы стороны в процессе. По нашему

¹⁷ Там же.

мнению, не следует перекладывать такой анализ с выявлением главным образом формальных (хотя и существенных) недостатков в заключении эксперта на специалиста-рецензента, у которого **главная задача состоит совсем в другом: оценить на профессиональном уровне правильность применения специальных знаний при производстве конкретной экспертизы.**

В этой связи к непосредственной компетенции специалиста-рецензента, который готовит заключение специалиста (рецензию) на ранее выполненную судебную экспертизу, должны относиться такие вопросы:

— анализ перечня использованной экспертом литературы, который должен охватывать исследованные в рамках экспертизы вопросы;

— отслеживание по тексту рецензируемого заключения указания на конкретные методики, использованные при производстве экспертизы, и на условия их применения;

— анализ проведения экспертного исследования с использованием конкретных методик, учитывая полноту и точность их применения, а также обоснованность и

достоверность получаемых результатов, отражаемых в промежуточных и итоговых выводах эксперта;

— детальный анализ полноты и объективности проведенного исследования с использованием всех информативных исходных данных (материалов дела), предоставленных в распоряжение эксперта;

— детальный анализ обоснованности и достоверности выводов эксперта по поставленным вопросам, достаточности их мотивировки с учетом промежуточных выводов, сделанных в процессе экспертного исследования.

Это создаст объективные предпосылки для конкретизации и соответствующего уменьшения объема рецензий, ограниченных применением специальных знаний, что позволит более эффективно использовать рецензии на заключения экспертиз в состязательном процессе.

Более подробные рекомендации по содержанию заключения специалиста (рецензии) на ранее выполненную судебную экспертизу, по-видимому, следует разрабатывать под каждый вид (род) судебных экспертиз в соответствии с существующими их классификациями.

Литература

1. Агешкина Н.А. Научно-практический комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (постатейный, по сост. на 18.09.2017) / Н.А. Агешкина, М.А. Беляев, Т.А. Бирюкова ; под редакцией А.П. Морозова. Саратов : Ай Пи Эр Медиа, 2018. 904 с.
2. Беспалов Ю.Ф. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации : постатейный, научно-практический / Ю.Ф. Беспалов, О.А. Егорова ; ответственный редактор Ю.Ф. Беспалов. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : Проспект, 2017. 733 с.
3. Большой юридический словарь / А.Я. Сухарев, В.Е. Крутских, А.Я. Сухарева. Москва : ИНФРА-М, 2003. 704 с.
4. Ефремов И.А. Судебная экспертиза / И.А. Ефремов // Адвокатская практика. 2017. № 6. С. 32–37.
5. Лимонов С.В. Методология рецензирования судебных экспертиз / С.В. Лимонов // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2018. № 9. С. 220–225.
6. Россинская Е.Р. Настольная книга судьи: судебная экспертиза: Теория и практика, типичные вопросы и нестандартные ситуации / Е.Р. Россинская, Е.И. Галяшина. Москва : Проспект, 2011. 464 с.
7. Рыжаков А.П. Комментарий к Кодексу административного судопроизводства РФ (постатейный) (по состоянию на 30.01.2015) / А.П. Рыжаков. 10-е изд., испр. и доп. Москва : Дело и сервис, 2015. 624 с.
8. Соловьев С.А. Пределы судебного усмотрения при оценке заключения эксперта и мнения специалиста: Гносеологический аспект / С.А. Соловьев // Адвокатская практика. 2017. № 4. С. 17–22.
9. Тарасова Ю. Экспертиза: правила оспаривания / Ю. Тарасова // эж-Юрист. 2016. № 12.
10. Треушников М.К. Судебные доказательства / М.К. Треушников. 2-е изд., доп. Москва : Городец, 1999. 288 с.

Белясов Сергей Николаевич,
доцент кафедры правовых дисциплин
Государственного гуманитарно-
технологического университета (ГГТУ),
кандидат юридических наук
belyasov_sergei@mail.ru

Щербинина Ирина Васильевна,
доцент кафедры правовых дисциплин
Государственного гуманитарно-
технологического университета (ГГТУ),
кандидат юридических наук
ircha8099@mail.ru

DOI: 10.18572/1812-383X-2021-1-36-41

Руководитель и иные контролирующие должника лица как субъекты субсидиарной ответственности в процессе банкротства: понятие и квалифицирующие признаки

Статья посвящена исследованию существующей в отечественной практике процедуре применения субсидиарной ответственности контролирующих органов по долгам должника, а именно определению лиц, контролирующих должника. Авторы останавливаются на признаках контролирующего должника лица, анализируют судебную практику и позиции ФНС РФ о привлечении таких лиц к субсидиарной ответственности. Кроме того, в статье рассматриваются опровержимые презумпции, которые облегчат доказывание наличия у лица статуса контролирующего. Также в целях устранения выявленной в разъяснениях Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 53 коллизии авторами предлагается новое изложение абзаца 3 пункта 7 указанного постановления.

Ключевые слова: закон о банкротстве, банкротство (несостоятельность), субсидиарная ответственность, контролирующее лицо, должник, кредитор.

Признаки, позволяющие определить лицо как контролирующее, содержатся в положениях ст. 61.10 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — ФЗ «О банкротстве»)¹.

Необходимо отметить, что возможность привлечения лиц, контролирующих должника, к субсидиарной ответственности была предусмотрена ФЗ «О банкротстве» практически с момента его принятия в 2002 г. Однако, как верно отмечает А.В. Михневич, на протяжении долгого периода времени данные нормы фактически оставались нерабочими².

В правоприменительной практике главенствовал подход, при котором суды в основном формально подходили к определению лиц, контролирующих

должника, вследствие чего недобросовестные участники гражданского оборота стали активно использовать формальный документооборот, создающий иллюзию имеющихся гражданско-правовых отношений.

Массовое распространение получила такая схема ведения предпринимательской деятельности, в которой прибыль и ликвидные активы концентрировались в одном юридическом лице, а долги — в другом, которое со временем признавалось банкротом, ликвидировалось, а долги подлежали списанию.

В настоящее время более пристальное внимание уделяется экономическому существу отношений. Немаловажную роль в этом процессе сыграло внесение изменений в ФЗ «О банкротстве», благодаря которым в законе были установлены ранее наметившиеся в судебной практике тенденции к ужесточению правил о привлечении к субсидиарной ответственности³.

¹ Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ (ред. от 01.09.2020) «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

² Михневич А.В., Оселедко А.Н. Понятие контролирующего должника лиц в процедуре банкротства // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2018. № 10-2. С. 151.

³ Белясов С.Н., Щербинина И.В. Правовая природа субсидиарной ответственности контролирующих и иных лиц по долгам должника // Арбитражный и гражданский процесс. 2020. № 7. С. 51–55.

В утратившем силу законе о банкротстве⁴ (абз. 34 ст. 2) были определены те же признаки контролирующего должника лица, что и в действующей ст. 61.10 ФЗ «О банкротстве»:

— физическое или юридическое лицо;

— имеет право давать обязательные указания либо может иначе определять действия должника, в том числе по совершению сделок и определению их условий (в настоящее время в течение периода не более трех лет до возникновения признаков банкротства либо после их возникновения до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом).

Возможность определять действия должника в соответствии с положениями ч. 2 ст. 61.10 ФЗ «О банкротстве» может быть обусловлена:

— отношениями родства или свойства, должностным положением лица по отношению к должнику, его единоличными руководящими органами или членами органов управления должника;

— полномочиями на совершение сделок от имени должника на основании доверенности, положений нормативно-правового акта и т.д.;

— должностным положением (замещение руководящих должностей должника либо иных должностей, опосредующих возможность определения действий должника);

— иными причинами.

В научной литературе авторы обращали внимание на то, что формулировку «иные должности, предоставляющие возможность определять действия должника» сложно назвать удовлетворительной⁵. Особенно это заметно в контексте закона, который оперирует словосочетанием «действия должника» без упоминания о финансово-хозяйственной деятельности.

Фактически это дает возможность отнести к перечню контролирующих лиц (а затем и привлечь к субсидиарной ответственности) любых топ-менеджеров организации-банкрота.

В соответствии с положениями подп. 2 п. 12 ст. 61.11 ФЗ «О банкротстве», лицо, контролирующее должника, может быть привлечено к субсидиарной ответственности даже в ситуации, когда у должника возникли признаки банкротства не вследствие действий и (или) бездействия контролирующего должника лица, однако после этого оно совершило действия и (или) бездействие, существенно ухудшившие финансовое положение должника. Представляется, что одной из самых значительных новаций отечественного законодательства в сфере субсидиарной ответственности стало наделение арбитражных судов правом признать лицо контролирующим должника по иным основаниям. Несмотря на наличие оговорки о невозможности отнесения к числу контролирующих должника лиц в связи с прямым владением ими менее чем 10% уставного капитала должника, вышеприведенное основание является настолько растяжимым, что позволяет значительно злоупотреблять им и оставляет слишком большую свободу судейскому усмотрению.

Таким образом, небезосновательным будет вывод о том, что буквальное толкование анализируемых норм ФЗ «О банкротстве» позволяет признать контролирующим должника лицом любое должностное лицо, входящее в органы его управления, (бухгалтер, финансовый директор) либо лицо, наделенное полномочием (в том числе и на основании доверенности) на совершение сделок от имени должника, или лицо, состоящее с руководителем или членами органов управления должника в неформальных отношениях.

Еще более широко признаки контролирующего лица толкуются Федеральной налоговой службой. Например, в письме ФНС № СА-4-18/16148@⁶ указывается,

⁴ Федеральный закон от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (ред. от 21.03.2002, с изм. от 01.10.2002) // СЗ РФ. 1998. № 2. Ст. 222 (документ утратил силу).

⁵ Орленко В. Привлечение руководителей и других контролирующих лиц к субсидиарной ответственности в рамках процедуры банкротства (последние законодательные изменения и особенности их применения) // Трудовое право. 2018. № 4. С. 5–24.

⁶ Письмо ФНС России от 16 августа 2017 г. № СА-4-18/16148@ «О применении налоговыми органами положений главы III.2 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ» //

что основаниями для признания лица контролирующим могут послужить любые неформальные личные отношения, в частности: совместное проживание (состояние в гражданском браке), длительная совместная служебная деятельность (военная или гражданская служба), совместное обучение и т.д.

Следует отметить и позицию Верховного Суда Российской Федерации, которая существенно отличается от вышеприведенной.

Согласно абз. 2 п. 3 Постановления Пленума ВС РФ № 53⁷ суд, привлекая лицо к субсидиарной ответственности, должен установить степень вовлеченности такого лица в процесс управления организацией-должником и проверить, насколько значительным было его влияние на принятие существенных деловых решений относительно деятельности должника.

Верховный Суд Российской Федерации не поддерживает расширительной трактовки признаков признания лица контролирующим. Необходимо также отметить, что в данном случае Верховный Суд Российской Федерации поддержал сложившуюся судебную практику, которая практически исключает возможность привлечения бухгалтера, финансового директора, иных членов органов управления должника, а также их родственников к субсидиарной ответственности по долгам организации-банкрота.

Арбитражные суды, как правило, придерживаются позиции Верховного Суда Российской Федерации. Например, в некоторых делах судом было установлено отсутствие у лиц, привлекаемых к субсидиарной ответственности, статуса контролирующих.

Так, ссылаясь на положения подп. 2 и 4 п. 2, п. 4 и п. 6 ст. 61.11 ФЗ «О банкротстве», Арбитражный суд города Москвы определил, что, если лица, на которых возложена обязанность по ведению до-

кументооборота и хранению документов признаются контролирующими, то презюмируется, что их действия (в совокупности с действиями руководителя должника) объективно обусловили наступление банкротства при доказанности значительно затруднивших проведение процедур банкротства фактов непередачи, сокрытия, утраты или искажения документации. Одновременно суд отмечает, что согласно положениям ст. 6 и 7 ФЗ «О бухгалтерском учете»⁸ и норм ст. 69–70 и 88–89 ФЗ «Об акционерных обществах»⁹ «обязанность по организации ведения и хранению документации должника возложена на исполнительный орган, а также на ликвидационную комиссию с момента ее назначения». Следовательно, возможность признания главного бухгалтера контролирующим лицом может возникнуть исключительно при доказанности возложения обязанности хранения документов бухгалтерского учета и (или) бухгалтерской (финансовой) отчетности должника на главного бухгалтера. Поскольку по рассматриваемому делу таких доказательств суду предоставлено не было, постольку судом было отказано в удовлетворении требования о привлечении главного бухгалтера к субсидиарной ответственности по долгам должника¹⁰.

ФЗ «О банкротстве» допускает возможность признания контролирующими лицами в числе прочих главного бухгалтера, финансового директора, однако, с учетом разъяснения Верховного Суда Российской Федерации, для привлечения перечисленных лиц к субсидиарной ответственности заявителю необходимо будет доказать наличие у них возможности давать обязательные для исполнения

СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 21.09.2020).

⁷ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2017 г. № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // Российская газета. 2017. № 297.

⁸ Федеральный закон от 6 декабря 2011 г. № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2020) // СЗ РФ. 2011. № 50. Ст. 7344.

⁹ Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (ред. от 31.07.2020) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

¹⁰ Определение Арбитражного суда города Москвы от 6 мая 2019 г. по делу № А40-103449/14-123-218Б // Картоoteca арбитражных дел. URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/7e119f6c-2a0d-4848-ad2c-df2a9c2da573/5c39db0a-206b-417d-b9bc-b8b7fc0f6d15/A40-103449-2014_20190506_Opreделение.pdf (дата обращения: 27.09.2020).

должником указания или возможности иным образом определять действия должника, а его влияние на хозяйственную деятельность должника было значительным. Безусловно, доказывание приведенных факторов вызовет значительные затруднения у заявителя.

Позиция Верховного Суда Российской Федерации является более взвешенной и логичной (по сравнению с подходом ФНС РФ), так как она исключает, во-первых, излишний формализм при разрешении соответствующих дел, а во-вторых, излишний субъективизм (излишнее судебское усмотрение).

Пунктом 4 ст. 61.10 ФЗ «О банкротстве» закреплены три опровержимые презумпции, которые облегчат доказывание наличия у лица статуса контролирующего (т.е. отсутствие статуса контролирующего лица будет вынужден доказывать сам субсидиарный ответчик).

1. Лицо являлось руководителем должника или управляющей организации должника, членом исполнительного органа должника, ликвидатором должника, членом ликвидационной комиссии.

2. Лицо имело право самостоятельно либо совместно с заинтересованными лицами распоряжаться пятьюдесятью и более процентами голосующих акций акционерного общества или более чем половиной долей уставного капитала общества с ограниченной ответственностью либо имело право назначать (избирать) руководителя должника.

3. Лицо извлекало выгоду из незаконного или недобросовестного поведения лиц, указанных в п. 1 ст. 53.1 Гражданского кодекса РФ (ГК РФ) (лица, уполномоченного выступать от имени организации).

В пункте 5 Постановления № 53 Верховный Суд Российской Федерации отмечает, что в таких случаях бремя доказывания отсутствия у лица статуса контролирующего перекладывается на лицо, привлекаемое к субсидиарной ответственности.

Следует уделить внимание и презумпции выгоды, закрепленной положениями п. 3 ч. 4 ст. 61.10 ФЗ «О банкротстве», которая достаточно подробно рассмотрена в письме ФНС «О применении

налоговыми органами гл. III.2 Закона о банкротстве»¹¹.

В соответствии с данным подходом ФНС РФ презумпция выгоды включает в себя два юридических факта: факт-основание и факт-предположение. При этом для того, чтобы доказать факт предположения (наличия) статуса контролирующего должника лица, достаточно установить факт-основание (получение выгоды).

ФНС РФ для целей применения презумпции выгоды предлагает определять категорию выгоды посредством противопоставления из понятия вреда, установленного в ст. 1064 ГК РФ¹².

Так, в соответствии с позицией Верховного Суда Российской Федерации «под вредом понимается всякое уменьшение (умаление) охраняемого законом материального или нематериального блага, любые неблагоприятные изменения в охраняемом законом благе, которые могут носить как имущественный, так и не имущественный характер»¹³.

Денежное выражение вреда — убытки, которые, в свою очередь, согласно положениям ст. 15 ГК РФ, представляют собой расходы, которые лицо произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права (совокупность реального ущерба и упущенной выгоды).

Учитывая противопоставление выгоды и вреда (выгоду контролирующее лицо получает путем нанесения вреда другому лицу), под выгодой следует понимать всякое увеличение материального или нематериального блага, которое может

¹¹ О применении налоговыми органами положений главы III.2 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ : Письмо ФНС России от 16 августа 2017 г. № СА-4-18/16148@ // СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 21.09.2020).

¹² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) : Федеральный закон от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ (ред. от 27.12.2019, с изм. от 28.04.2020) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

¹³ Определение судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 27 января 2015 г. № 81-КГ14-19 // Сайт Верховного Суда Российской Федерации. URL: http://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=1237752 (дата обращения: 23.09.2020).

носить как имущественный, так и неимущественный характер.

Денежное выражение выгоды, соответственно, будет иметь противоположный убыткам характер. Под денежным выражением выгоды следует понимать полученные доходы и обретение чужого имущества, доходы, которые лицо не получило бы при обычных условиях гражданского оборота¹⁴. ФНС РФ в вышеуказанном письме приводит пример недобросовестного получения выгоды: бизнес делится на рисковые (центры убытков) и безрисковые (центры прибылей) сегменты, позволяющие в случае проблем с оплатой поставщиками или бюджету, поменять рисковую часть (обанкротив предыдущую) и продолжить ведение предпринимательской деятельности, не утратив активов.

В Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 53 также приведены признаки контролирующего должника лица: контролирующим является третье лицо, получившее существенный актив должника (в том числе по цепочке последовательных сделок), который выбыл из владения должника в результате совершения руководителем последнего сделки в ущерб интересам возглавляемой организации и ее кредиторов (абз. 3 п. 7 постановления).

В качестве примеров признаков контролирующего должника лица Пленум Верховного Суда Российской Федерации № 53 приводит также следующие:

- совершение сделки на заведомо невыгодных для должника условиях;
- совершение сделки с «фирмой-однодневкой»;
- использование документооборота, не отражающего реальные хозяйственные операции.

Лицу, которому вменяются признаки лица, контролирующего должника, в данном случае необходимо будет доказать свою добросовестность посредством следующих инструментов:

- доказать возмездность сделки;

— доказать, что условия отчуждения актива должника аналогичны тем, на которых в сравнимых обстоятельствах обычно совершаются аналогичные сделки.

Следовательно, применительно к презумпции выгоды законодатель также перекладывает бремя доказывание на лицо, привлекаемое к субсидиарной ответственности.

Примененный законодателем подход к распределению бремени доказывания представляется оправданным, так как в подавляющем большинстве ситуаций у членов органов управления организации должника и иных контролирующих лиц отсутствует заинтересованность в раскрытии документов, отражающих действительное положение дел и реальный документооборот на предприятии должника, однако это обстоятельство не должно снижать общий уровень правовой защищенности кредиторов. Именно на преодоление указанного препятствия, как представляется, и направлено введение в законодательство о банкротстве указанных выше презумпций.

Несмотря на универсальность рассматриваемой формулировки, не очень удачным представляется словосочетание «в результате совершения руководителем должника сделки в ущерб интересам возглавляемой организации и ее кредиторов». Как отмечают А.В. Михневич и А.Н. Оселедко, буквальное толкование данной формулировки опосредует возможность признания выгодоприобретателя контролирующим лицом исключительно в случае, когда актив должника был отчужден на основании сделки, совершенной руководителем должника¹⁵. Однако, согласно положениям ФЗ «О банкротстве», сделки от имени должника могут совершаться и другими лицами, имеющими доверенность на их совершение. В указанном случае правоприменителю необходимо расширительно толковать рассматриваемые разъяснения Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 53.

Проведенное исследование позволяет сформулировать следующие выводы.

¹⁴ См.: Михневич А.В., Оселедко А.Н. Понятие контролирующего должника лиц в процедуре банкротства // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2018. № 10-2. С. 154.

¹⁵ См.: Там же. С. 155.

Контролирующим должника лицом может быть признано физическое или юридическое лицо, имеющее право давать обязательные указания (или иначе определять действия должника). Возможность определять действия должника может быть обусловлена родственными или свойственными связями, должностной зависимостью; полномочиями на совершение сделок от имени должника на основании доверенности, положений нормативно-правового акта и т.д.; должностным положением или иными причинами.

На законодательном уровне закреплены три опровержимые презумпции, облегчающие доказывание наличия у лица статуса контролирующего.

Думается, что в целях устранения выявленной в разъяснениях Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 53 коллизии необходимо дополнить абз. 3 п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 53 словосочетанием «или иным управомоченным лицом» и изложить в следующей редакции:

«Так, в частности, предполагается, что контролирующим должника является третье лицо, которое получило существенный актив должника (в том числе по цепочке последовательных сделок), выбывший из владения последнего по

сделке, совершенной руководителем должника или иным управомоченным лицом в ущерб интересам возглавляемой организации и ее кредиторов...»

Кроме того, Верховный Суд Российской Федерации обратил внимание на возможность признания контролирующим должника лица, которое извлекло значительную (в соотношении с масштабами деятельности должника) выгоду. Однако критерии такой существенности (значительности) Постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 53 не установлены. Их отсутствие является существенным пробелом рассматриваемого постановления, которое может негативно сказаться на формировании судебной практики по привлечению к субсидиарной ответственности лиц, извлекущих выгоду из незаконного или недобросовестного поведения органов управления предприятия должника. Разработка указанных критериев не является целью настоящей работы и требует отдельного комплексного исследования. Представляется, что критерии существенности (значительности) выгоды лица, которое ввиду этой выгоды потенциально можно признать контролирующим, должны быть четко определены в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 53.

Литература

1. Белясов С.Н. Правовая природа субсидиарной ответственности контролирующих и иных лиц по долгам должника / С.Н. Белясов, И.В. Щербинина // Арбитражный и гражданский процесс. 2020. № 7. С. 51–55.
2. Михневич А.В. Понятие контролирующих должника лиц в процедуре банкротства / А.В. Михневич, А.Н. Оселедко // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2018. № 10-2. С. 151–159.
3. Орленко В. Привлечение руководителей и других контролирующих лиц к субсидиарной ответственности в рамках процедуры банкротства (последние законодательные изменения и особенности их применения) / В. Орленко // Трудовое право. 2018. № 4. С. 5–24.

Для оформления заказа на приобретение одного и/или нескольких печатных экземпляров журнала с опубликованной статьей просим вас при получении уведомления о включении вашей статьи в содержание журнала обратиться в авторский отдел по телефону: 8 (495) 953-91-08, или по электронной почте: avtor@lawinfo.ru

Лысенко**Анастасия Игоревна,**

юрист общества с ограниченной
ответственностью «ЮрТехКонсалт»,
магистр права
ai.lisenko@yandex.ru

DOI: 10.18572/1812-383X-2021-1-42-46

Право кредиторов на выбор кандидатуры арбитражного управляющего: анализ правовых позиций арбитражной практики

В статье рассматриваются выработанные судебной практикой способы защиты прав кредиторов на выбор арбитражного управляющего на стадии введения первой и последующей процедур банкротства. Особое внимание уделено возможности перехода прав на выбор кандидатуры управляющего от первоначального заявителя к его правопреемнику. Исследуются процессуальные инструменты недопущения утверждения в качестве управляющего заинтересованного лица.

Ключевые слова: банкротство, арбитражный управляющий, аффилированное лицо, исполнение обязательства за должника, злоупотребление, собрание кредиторов.

Закон о банкротстве предоставляет кредиторам правовые инструменты, позволяющие оказывать влияние на процедуру банкротства должника. Поскольку именно арбитражный управляющий наделен компетенцией по руководству процедурой банкротства, вопрос о его выборе является одним из ключевых на раннем этапе процедуры несостоятельности должника. Право выбора управляющего, как правило, принадлежит кредиторам должника.

1. Выбор управляющего в первой процедуре банкротства должника

Кандидатуру арбитражного управляющего или саморегулируемой организации (далее — СРО) предлагает кредитор, заявитель по делу о банкротстве, чье заявление было признано судом обоснованным (абз. 10 п. 2 ст. 39, п. 9 ст. 42 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве).

При наличии нескольких заявлений о признании должника банкротом арбитражный суд утверждает управляющего из первого поступившего в суд заявления (абз. 2 п. 9 ст. 42 Закона о банкротстве). По общему правилу переход статуса заявителя по делу о банкротстве к иному лицу не предоставляет ему право пересмотреть предложенную первым заявителем кандидатуру¹. При этом закон не содержит специальных положений

позволяющих заявителю не исполнять обязанность по возмещению расходов на выплату вознаграждения управляющему, которого он не выбирал.

Понимая, что выбор арбитражного управляющего является одним из инструментов влияния на ход процедуры банкротства, кредиторы стараются не допустить признания судом первого заявления обоснованным.

Суды не допускают² погашение требований отдельного кредитора за должника в порядке ст. 313 Гражданского кодекса РФ (ГК) за исключением требований уполномоченных органов³, но в процедуре наблюдения, как правило, проводится первое собрание, на котором решается вопрос о выборе управляющего для дальнейшей процедуры.

Исполнение третьим лицом обязательства должника на основании ст. 313 ГК до введения первой процедуры банкротства само по себе не является злоупотреблением правом, но неограниченное исполнение обязательств третьим лицом является вторжением в отношения между кредитором

в этих делах процедурах банкротства (утв. Президиумом ВС РФ от 26.11.2018).

² Абзац 4 пункта 21 постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении».

³ Пункт 28 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства (утв. Президиумом ВС РФ 20.12.2016).

¹ Пункт 27 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых

и должником⁴. Однако третье лицо может исполнить обязательство за должника в случае угрозы его охраняемым законом интересам⁵, таким интересом может служить право кредитора на независимого и компетентного управляющего в процедуре банкротства.

Когда погашение долга должника третьим лицом осуществляется безналичным платежом, кредитор лишен возможности отказаться от исполнения — для зачисления денежных средств на банковский счет не требуется согласия владельца счета⁶. В частности, поэтому Верховный Суд Российской Федерации постепенно ограничивает сферу действия подп. 1 п. 2 ст. 313 ГК.

Если кредитор утрачивает возможность влиять на процедуру банкротства в результате лишения прав требования к должнику только в части основного долга (при наличии непогашенных финансовых санкций), то его отказ от принятия предложенного третьим лицом исполнения должен считаться законным.

Например, действия кредитора по перечислению первому заявителю по делу суммы, составляющей только основной долг, должны быть квалифицированы как направленные на принудительный выкуп отдельных прав к должнику в целях получения либо контроля над ходом процедуры банкротства, либо дополнительных голосов на собрании кредиторов, без несения дополнительных издержек на приобретение требований по финансовым санкциям⁷.

В одном из дел третье лицо последовательно погашало требования кредиторов таким образом, чтобы сумма оставшейся у каждого отдельного кредитора должника задолженности не превышала пороговое значение в 300 000 руб., необходимое для введения процедуры банкротства. Верховный Суд Российской Федерации отметил, что третье лицо не преследовало цели по-

гасить долги должника, а его действия были направлены на лишение предоставляемых статусом заявителя по делу полномочий по предложению кандидатуры управляющего⁸.

Законный материальный интерес любого кредитора состоит в наиболее полном погашении заявленных им требований. Отличные от названной цели намерения кредитора судебной защите по общему правилу не подлежат. Однако только того, что кредитор выкупил требование к должнику исключительно в целях предложить свою кандидатуру управляющего, недостаточно для квалификации действий кредитора как злоупотребления правом.

Так, если требование первого заявителя по делу о банкротстве было погашено в полном объеме, включая все финансовые санкции, то отсутствуют основания для отказа в части предложения кандидатуры управляющего. В противном случае смысл участия первого заявителя в деле о банкротстве сводился бы только к возможности предложить своего арбитражного управляющего, а не к получению удовлетворения по заявленным требованиям, что явно не соответствует целям законодательного регулирования⁹.

Аналогичные правила применяются и к требованиям по выплатам, составляющим содержание трудовых правоотношений, поскольку такие требования после заявления их в рамках дела о банкротстве, в силу специфики процедур несостоятельности, приобретают частноправовой характер, а поэтому до введения первой процедуры соответствующая задолженность может быть погашена третьим лицом, в том числе для того, чтобы иметь возможность выбрать иную кандидатуру управляющего¹⁰.

Соблюдения порядка погашения требований всех кредиторов должника (ст. 71.1, 85.1, 113, 125 Закона о банкротстве) также не требуется, поскольку названные статьи применяются соответственно в процедурах наблюдения, финансового оздоровления, внешнего управления и конкурсного производства, а не на стадии введения одной из этих процедур¹¹.

⁴ Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств : учеб. пособие. М., 2016. С. 60.

⁵ Евстигнеев Э.А. Изменение условий исполнения обязательства. Какие возможности предоставляют новеллы ГК // Арбитражная практика. 2015. № 5. С. 47–58.

⁶ Поэтому, как отмечает А.В. Егоров, при обратном перечислении денег имеет место не отказ в принятии исполнения, а обратное исполнение обязательства (Егоров А.В. Платеж третьего лица кредитором помимо его воли // ВЭП РФ. 2016. № 8. С. 150–160).

⁷ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 16 июня 2016 г. № 302-ЭС16-2049.

⁸ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 15 августа 2016 г. № 308-ЭС16-4658.

⁹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 22 мая 2017 г. № 304-ЭС17-1258.

¹⁰ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 25 января 2017 г. № 305-ЭС16-15945.

¹¹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 26 марта 2018 г. № 305-ЭС17-18572.

Важно учесть и то, что согласно ранее выработанной позиции Верховного Суда Российской Федерации право выбора кандидатуры арбитражного управляющего для проведения первой процедуры не может перейти ко второму заявителю, независимо от того, погашено ли первоначально заявленное требование должником после подачи заявления в суд либо по нему осуществлено процессуальное правопреемство, в случае если погасивший требование кредитор продолжает поддерживать требование первого заявителя о включении в реестр¹².

Однако сомнения в необходимости утвердить кандидатуру управляющего, предложенную первым кредитором, могут вызывать и необычное поведение последнего. В одном из дел кредитор, чье требование было погашено в полном объеме и производство по которому было прекращено, продолжал настаивать на кандидатуре управляющего, которую предложил в своем заявлении, что вызвало обоснованные сомнения суда в независимости этого управляющего. ВС РФ указал, что в отсутствие уверенности в беспристрастности предложенного первым заявителем управляющего суд при утверждении управляющего не может быть связан исключительно волей кредиторов (как при возбуждении дела, так и впоследствии)¹³.

2. Выбор управляющего собранием кредиторов должника

Принятие решения о выборе кандидатуры управляющего или СРО, из числа членов которой арбитражным судом будет утвержден арбитражный управляющий, относится к исключительной компетенции собрания кредиторов (абз. 6 п. 2 ст. 12, ч. 1 ст. 73 Закона о банкротстве). В связи с чем в литературе отмечают, что «в общей процедуре размер и предмет установленных требований кредиторов определяют результат голосования по вопросу выбора кандидатуры арбитражного управляющего»¹⁴.

Утверждение управляющего не препятствует осуществлению контроля и оценки правомерности и разумности его действий, в том числе путем обжалования действий арбитражного управляющего. Однако с точки зрения процессуальной экономии и достижения целей конкурсного процесса это не всегда эффективно.

При голосовании кредиторам следует учитывать, что выбор СРО и выбор конкретной кандидатуры арбитражного управляющего не являются тождественными по своей правовой природе и имеют разные правовые последствия для кредиторов и самого должника¹⁵.

Например, если собранием кредиторов была выбрана именно саморегулируемая организация, а не конкретная кандидатура, то в случае выхода утвержденного управляющего из выбранной кредиторами СРО собрание кредиторов вправе обратиться в суд с ходатайством об отстранении такого управляющего по тому основанию, что не реализуется воля кредиторов, выраженная в решении об избрании СРО¹⁶. При этом, если соблюдаются интересы участвующих в деле лиц (например, соблюдается условие о компенсационном фонде (ст. 25.1 Закона о банкротстве), выход управляющего из выбранной кредиторами СРО не влечет его автоматическую замену¹⁷.

Собрание кредиторов вправе изменить свое решение по вопросу о выборе управляющего или СРО¹⁸. Замена возможна, пока решение об избрании предыдущего управляющего не начало влиять на права и законные интересы лиц, не входящих в гражданско-правовое сообщество, объединяющее кредиторов (не произвело юридический эффект в гражданском обороте в виде утверждения арбитражного управляющего судом и не имеет признаков злоупотребления правом)¹⁹.

¹² Определение Верховного Суда Российской Федерации от 2 ноября 2017 г. № 305-ЭС16-20931(2).

¹³ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 29 мая 2020 г. № 305-ЭС19-26656.

¹⁴ Серобаба И.А. Ликвидация должника как механизм обеспечения «контролируемого» банкротства // Арбитражный и гражданский процесс. 2019. № 3. С. 47–50.

¹⁵ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 14 августа 2018 г. по делу № А21-7287/2015.

¹⁶ Постановление Арбитражного суда (АС) Московского округа от 23 июля 2018 г. по делу № А40-231053/2015.

¹⁷ Постановление АС Московского округа от 20 ноября 2015 г. по делу № А41-10838/2013.

¹⁸ Пункт 3 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с признанием недействительными решений собраний и комитетов кредиторов в процедурах банкротства (утв. Президиумом ВС РФ 26.12.2018).

¹⁹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 26 апреля 2018 г. № 305-ЭС17-17321.

Для обеспечения подлинной независимости управляющего и предотвращения потенциальных конфликтов интересов сам должник исключен из числа лиц, имеющих право выбрать управляющего (п. 5 ст. 37 Закона о банкротстве). Согласно разъяснениям Верховного Суда Российской Федерации аффилированные с должником лица (или имеющие возможность иным образом определять его действия) также не могут быть допущены к голосованию по вопросу выбора арбитражного управляющего либо СРО²⁰.

При отсутствии соответствующего решения собрания кредиторов суд не может по своей инициативе утвердить управляющего. В этом случае на временного управляющего может быть возложено только исполнение обязанностей конкурсного управляющего²¹. При этом наличие запретов в виде обеспечительных мер на проведение первого собрания кредиторов не является основанием для лишения кредиторов права на волеизъявление по вопросу выбора кандидатуры управляющего²².

Утверждая предложенного кредиторами управляющего, суду следует исключить любой конфликт интересов между ним и иными лицами, участвующими в деле о банкротстве. Закон предоставил суду право отклонить представленную кандидатуру. В целях осуществления судебного контроля и недопущения контролируемого банкротства, при наличии обоснованных сомнений в независимости управляющего²³ суд может определить СРО посредством случайного выбора.

Однако в литературе высказываются сомнения, насколько такой порядок способен обеспечить утверждение наиболее подходящего кандидата. Отмеча-

ется²⁴, что при представлении кандидатуры арбитражного управляющего СРО, как правило, принимают во внимание не его профессиональную квалификацию, а формальное исполнение им внутренних требований СРО.

Отказывая в утверждении предложенной собранием кредиторов кандидатуры, суд должен привести мотивы своего решения²⁵. Заставить усомниться в независимости управляющего могут следующие обстоятельства:

— кредитор и предложенный управляющий принадлежат к одной саморегулируемой организации²⁶;

— управляющий представлял интересы кредиторов должника в других делах (или наоборот)²⁷;

— управляющими из предложенной СРО во все дела о банкротстве аффилированных с должником лиц привлекаются для оказания помощи одни и те же специалисты²⁸;

— предложенный управляющий является кредитором должника²⁹;

— родственные связи между кредиторами и управляющим³⁰.

Опровергнуть сомнения в заинтересованности управляющего должен сам заявитель по делу. Как указал ВС РФ, заинтересованность считается доказанной, если заявитель отказывается раскрыть мотивы выбора конкретного арбитражного управляющего³¹.

²⁰ Пункт 12 Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований, контролирующим должника и аффилированных с ним лиц (утв. Президиумом ВС РФ 29.01.2020).

²¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 31 января 2020 г. по делу № А40-111193/2018.

²² Постановление АС Поволжского округа от 12 марта 2018 г. по делу № А65-30038/2016.

²³ Пункт 27.1 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства (утв. Президиумом ВС РФ 20.12.2016).

²⁴ Карелина С.А., Эрлих М.Е. Роль арбитражного управляющего в механизме разрешения конфликта интересов // Право и экономика. 2012. № 3. С. 19–25.

²⁵ Постановление АС Северо-Западного округа от 4 октября 2019 г. по делу № А56-67173/2016.

²⁶ Постановление АС Северо-Западного округа от 30 декабря 2019 г. по делу № А66-4528/2018.

²⁷ Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 10 сентября 2019 г. по делу № А02-1492/2018.

²⁸ Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 22 июля 2019 г. по делу № А47-13465/2018.

²⁹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 3 мая 2018 г. по делу № А40-1699/18.

³⁰ Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 4 апреля 2018 г. по делу № А08-3601/2017.

³¹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 28 октября 2019 г. по делу № А31-8779/2018.

3. Замена арбитражного управляющего

Заменить первоначально утвержденным судом управляющего не просто. Это возможно в следующих случаях:

— отстранения его судом за допущенные им нарушения законодательства о банкротстве (п. 1 ст. 145 Закона о банкротстве);

— освобождения его судом (ст. 144 Закона о банкротстве);

— удовлетворения ходатайства о замене арбитражного управляющего, если он был утвержден по инициативе аффилированного кредитора. В таком случае суд освобождает управляющего обязанностей на основании абз. 4 п. 1 ст. 144 Закона о банкротстве и осуществляет случайную выборку нового управляющего³².

Право кредиторов на замену управляющего может быть обеспечено в том числе путем пересмотра решения о банкротстве, поданного в порядке гл. 37 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

В одном из дел единственным участником должника было принято решение о ликвидации, и суд ввел процедуру конкурсного производства, утвердив управляющим кандидатуру, предложенную заявителем по делу. Позже решение и запись ЕГРЮЛ были признаны недействительными. Верховный Суд Российской Федерации указал, что, если бы о недействительности решения о ликвидации общества было известно, суд принял бы иной судебный акт — ввел бы в отношении должника процедуру наблюдения, утвердил временного управляющего, а вопрос о выборе кандидатуры конкурсного

управляющего решался бы собранием кредиторов³³.

Выводы

Право кредитора на выбор управляющего при введении процедуры банкротства должно подлежать судебной защите. Например, для этой цели допустимо исполнить за должника денежное обязательство перед другим кредитором в полном объеме (в том числе финансовые санкции) даже без его согласия (и это не должно признаваться злоупотреблением).

Независимость и компетентность предложенного суду управляющего преюдицируется. В то же время остальные кредиторы вправе представлять доказательства, свидетельствующие о заинтересованности и (или) несоответствии представленной кандидатуры для ведения конкретной процедуры. Общая рекомендация для кредиторов будет состоять в активной позиции при проверке предложенного управляющего, поскольку при наличии достаточных доказательств суд вправе отказать в утверждении представленной кандидатуры (и даже освободить от исполнения обязанностей уже утвержденного).

При голосовании по вопросу о выборе арбитражного управляющего или СРО также необходимо обращать внимание на того, кто принимает участие в голосовании. Если будет доказано, что по указанной повестке голосовали лица, не имеющие на это права, есть возможность признать голосование недействительным, с последующим выбором другого управляющего.

³² Постановление АС Московского округа от 29 октября 2019 г. по делу № А41-71367/2017.

³³ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2020 г. № 306-ЭС19-19051.

Литература

1. Егоров А.В. Платеж третьего лица кредитору помимо его воли / А.В. Егоров // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 8. С. 150–160.
2. Карелина С.А. Роль арбитражного управляющего в механизме разрешения конфликта интересов / С.А. Карелина, М.Е. Эрлих // Право и экономика. 2012. № 3. С. 19–25.
3. Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств : учебное пособие / С.В. Сарбаш. Москва : Статут, 2016. 335 с.
4. Серобаба И.А. Ликвидация должника как механизм обеспечения «контролируемого» банкротства / И.А. Серобаба // Арбитражный и гражданский процесс. 2019. № 3. С. 47–50.
5. Суворов Е.Д. Потенциальные конфликты между залоговыми и иными кредиторами при банкротстве должника: попытка установления баланса / Е.Д. Суворов // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 10. С. 16–24.

Коренная

Анна Анатольевна,
адвокат, доцент кафедры
уголовного права и криминологии
Алтайского государственного
университета,
кандидат юридических наук
lawer_ann@mail.ru

DOI: 10.18572/1812-383X-2021-1-47-51

Определение размера ущерба, причиненного преднамеренным банкротством (ст. 196 Уголовного кодекса Российской Федерации)

В статье рассмотрены вопросы определения размера ущерба от преднамеренного банкротства в нескольких аспектах: 1) установление структуры ущерба; 2) установление стоимостного размера; 3) определение момента окончания преступления моментом причинения ущерба в крупном размере. На основе анализа доктрины уголовного права и практики применения статьи 196 Уголовного кодекса Российской Федерации автор излагает собственные выводы, использование которых в правоприменительной практике позволит минимизировать ошибки в квалификации преднамеренных банкротств.

Ключевые слова: несостоятельность, преднамеренное банкротство, злоупотребление правом, ущерб, кредиторы.

Причинение ущерба в крупном размере является криминообразующим признаком состава преступления, предусмотренного ст. 196 Уголовного кодекса Российской Федерации. Совершение противоправных действий (бездействия) при преднамеренном банкротстве не имеет самостоятельного характера для уголовного права. Такие действия (бездействие) направлены на формирование финансового состояния, при котором должник лишается возможности исполнить обязательства в полном объеме перед контрагентами по гражданско-правовым обязательствам и государством по обязательным платежам. Причинение ущерба при совершении преднамеренного банкротства обусловлено появлением у должника признаков банкротства, возбуждением в отношении него процедуры в арбитражном суде, как следствие противоправного уклонения от исполнения обязательств.

Подобный механизм причинения вреда можно назвать многоуровневым, он состоит из следующих самостоятельных, последовательных этапов:

— этап 1: уменьшение активов лица либо увеличение пассивов — появление негативного финансового результата. На этом этапе совершаются финансовые операции, заключаются сделки, следствием которых будет юридическое банкротство;

— этап 2: правовое последствие негативного финансового результата — появление у лица юридически значимых признаков несостоятельности, возможное введение процедуры, применяемой в деле о банкротстве; — невозможность исполнить свои обязательства надлежащим образом; для кредиторов, уполномоченных органов — неполучение должного в порядке, определенном в соглашении либо законе.

Сложный, растянутый во времени механизм причинения вреда при преднамеренном банкротстве порождает проблему в определении стоимостного размера причиненного преступлением ущерба.

В науке российского уголовного права сложилось несколько подходов к определению размера ущерба, причиняемого преднамеренным банкротством:

1. Размер ущерба определяется на основании данных реестра требований кредиторов, сформированного в деле о несостоятельности¹. То есть в состав ущерба включаются все требования кредиторов, всех очередей, включенных в реестр требований в рамках дела о несостоятельности (банкротстве).

Подобный подход к определению ущерба, причиняемого преступлением,

¹ Обухова А.В. О крупном ущербе в составе преднамеренного банкротства // Общество и право. 2010. № 5. С. 117.

предусмотренным ст. 196 Уголовного кодекса Российской Федерации, порождает ряд квалификационных задач:

а) определение даты, по состоянию на которую необходимо устанавливать размер ущерба, что обусловлено следующим. Во-первых, реестр требований кредиторов не остается неизменным на протяжении производства по делу о несостоятельности. Реестр начинает формироваться в момент признания требований кредитора, подавшего заявление о признании должника банкротом, обоснованными либо после рассмотрения заявления самого должника о признании себя банкротом. Закрытию реестр требований кредиторов подлежит по истечении двух месяцев с даты опубликования сведений о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства (ст. 143 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», далее по тексту — Федеральный закон о несостоятельности 2002 г.). В соответствии со ст. 128 Федерального закона о несостоятельности 2002 г. опубликование сведений о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства осуществляется конкурсным управляющим в порядке, предусмотренном ст. 28 федерального закона. Конкурсный управляющий не позднее чем через десять дней с даты своего утверждения направляет указанные сведения для опубликования. Таким образом, фиксация размера требований кредиторов возможна только по истечении двух месяцев с учетом десятидневного срока на публикацию сведений. До истечения этого времени реестр требований кредиторов не является закрытым, размер требований кредиторов, зафиксированный в нем, может быть изменен, что делает невозможным достоверно установить размер ущерба, причиненного преступлением.

Следовательно, при определении размера ущерба исходя из совокупного размера требований кредиторов, включенных в реестр, он достоверно может быть определен на дату закрытия реестра в соответствии с требованиями ст. 128, 142 Федерального закона о несостоятельности 2002 г. В этой связи обоснованным

представляется гибкий подход к определению размера ущерба: первоначально на дату возбуждения уголовного дела в дальнейшем корректировка в случае изменения размера требований в большую или меньшую сторону;

б) второй вопрос, возникающий при определении размера ущерба: в реестр могут быть включены требования, которые в процессе производства по делу о несостоятельности будут признаны необоснованными (фиктивная кредиторская задолженность). Фиктивные требования могут быть оспорены и на этапе включения в реестр требований кредиторов, однако так происходит не всегда. На практике необоснованные требования кредиторов могут формально соответствовать закону и на основании определения арбитражного суда должны быть включены в реестр, в дальнейшем, например в результате оспаривания сделок должника, будет установлена их противоправность, что повлечет исключение из реестра. Следовательно, исключить все необоснованные требования из реестра возможно только при завершении процедуры. В этой связи размер ущерба определяется на дату возбуждения уголовного дела — совокупным размером требований кредиторов, в дальнейшем при изменении такого размера — подлежит корректировке на основании соответствующего процессуального документа;

в) сформированный реестр требований кредиторов не является отражением экономических потерь кредиторов и уполномоченных органов. В реестре фиксируются все заявленные и признанные обоснованными требования кредиторов и уполномоченных органов. В процессе осуществления конкурсного производства часть из них может быть погашена в результате реализации имущества должника. Следовательно, имущественные потери кредиторов и государства не равны либо не всегда равны сумме требований реестра. Соответственно, подобный подход может нарушать принцип справедливости и создавать возможность двойного взыскания: выплаты кредиторам в рамках дела о банкротстве и возмещения ущерба, причиненного преступле-

нием по гражданскому иску в уголовном деле или самостоятельным требованиям;

г) при определении размера ущерба как совокупности требований реестра из круга потерпевших исключается сама организация-должник.

2. Вторая точка зрения на определение размера ущерба от преднамеренного банкротства: размер ущерба определяется стоимостью уменьшения активов должника в результате совершения противоправных действий². Ущерб определяется суммой уменьшения активов должника на момент возбуждения уголовного дела³. Такой позиции придерживается в большинстве случаев и судебная практика, которая не связывает момент причинения крупного ущерба с окончанием арбитражным судом производства по делу о банкротстве, то есть признает преднамеренное банкротство окончанным вне зависимости от возбуждения арбитражным судом производства по делу о банкротстве⁴.

Квалификационные вопросы, возникающие при определении размера ущерба стоимостью уменьшения активов:

а) неплатежеспособность не всегда возникает в результате уменьшения активов, она может быть вызвана увеличением размера пассивов (обязательств), путем формирования искусственной кредиторской задолженности либо в связи с неприятием мер по взысканию дебиторской задолженности;

б) сделки, направленные на уменьшение активов должника, имеющие признаки подозрительности или направленные

на причинение вреда имущественным интересам кредиторов, могут быть оспорены в ходе процедуры банкротства. В Федеральном законе о несостоятельности 2002 г. главой III-1 установлены основания и порядок оспаривания таких сделок как по инициативе арбитражного управляющего, так и кредиторов должника. Правовым последствием признания сделок должника недействительными является реституция, то есть возврат имущества (иных активов) должника, признание отсутствия необходимости исполнять обязательства и т.д. То есть восстанавливается состояние, имевшее место до совершения сделок, финансовых операций, имущество поступает в обладание должника, может быть реализовано в ходе конкурсного производства либо использовано в процессе хозяйственной деятельности для восстановления платежеспособности. В таком случае прямой ущерб может отсутствовать, так как происходит восстановление права путем возврата в состояние, имевшее место до его нарушения.

3. Сторонники третьего подхода определяют ущерб от преднамеренного банкротства как сумму невыплаченных, признанных погашенными, требований кредиторов по завершении процедуры конкурсного производства⁵.

Подобный подход к определению размера ущерба является наиболее справедливым, так как учитывает реальные потери кредиторов, вызванные несостоятельностью должника. Однако имеет очень существенный недостаток для практического применения: процедура банкротства в арбитражном суде может длиться достаточно долго, возможно несколько лет. Применение рассматриваемого подхода предполагает завершение процедуры, окончание конкурсного производства. Отложение уголовного преследования на столь длительный срок негативно отражается на интересах

² Михалев И.Ю. Банкротство и уголовный закон : дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2000. С. 5; Шматенко А.А. Ущерб как элемент объективной стороны криминальных банкротств // Российский следователь. 2014. № 8. С. 28.

³ Волженкин Б.В. Преступления в сфере экономической деятельности по уголовному праву России. СПб., 2007. С. 386; Михалев И.Ю. Криминальное банкротство. СПб., 2001. С. 136–138.

⁴ Приговор Центрального районного суда города Омска от 3 июля 2017 г. по делу № 1-22/2017. URL: <https://sud-praktika.ru/precedent/544954.html> (дата обращения: 24.07.2020); Приговор Останкинского районного суда г. Москвы от 10 марта 2016 г. по делу № 1-69/16. URL: <https://sud-praktika.ru/precedent/98592.html> (дата обращения: 24.11.2020).

⁵ Колб Б.И. Ответственность за криминальные банкротства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003; Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. М., 2005 // СПС «КонсультантПлюс»; Тюнин В.И. Уголовная ответственность за банкротство. СПб., 2001. С. 10.

кредиторов, затрудняет процесс расследования и сбора доказательств по уголовному делу в связи со значительным временным промежутком, прошедшим с момента совершения преступления.

По нашему мнению, при установлении размера ущерба, причиненного преднамеренным банкротством, следует исходить из общего размера требований кредиторов, включенных в реестр и подлежащих удовлетворению в ходе производства по делу о банкротстве. Полное или частичное удовлетворение имущественных требований кредиторов не является основанием для уменьшения размера причиненного ущерба, но может быть учтено судом в качестве обстоятельства, смягчающего наказание.

Аргументы в пользу подобного подхода могут быть следующими:

1) ущерб от преступления обусловлен появлением у должника признаков несостоятельности и отказом в связи с этим от удовлетворения требований кредиторов. Непосредственным объектом рассматриваемых преступлений являются общественные отношения, возникающие в связи с установленной законом обязанностью надлежащего исполнения обязательств и запретом на недобросовестное использование правовых механизмов, предусмотренных специальным законодательством о несостоятельности. Сам факт введения процедуры банкротства негативно отражается на имущественных интересах кредиторов: высокая вероятность неполного удовлетворения требований, длительность рассмотрения дела о несостоятельности в арбитражном суде, необходимость участия в судебных разбирательствах и т.д. Таким образом, ущерб от процедуры банкротства не ограничивается прямыми материальными потерями кредиторов;

2) позволяет косвенно учитывать при определении размера ущерба незаконно увеличенные пассивы, так как не требует учета возможного пропорционального удовлетворения требований иных кредиторов, а определяется исходя из суммы подтвержденной задолженности;

3) способствует соблюдению процессуальных сроков расследования и рассмотрения уголовного дела, как след-

ствие, восстановлению нарушенных прав кредиторов, уполномоченных органов.

При определении стоимостного размера причиненного ущерба следует исходить из суммарного размера требований кредиторов. Преднамеренное банкротство — состав материальный, имеющий четкие стоимостные признаки, — кредиторам должен быть причинен ущерб, превышающий 2 250 000 руб. Преступление признается оконченным с момента достижения указанного размера задолженности. В состав размера ущерба, помимо требований кредиторов по денежным обязательствам и государства по обязательным платежам, включенным в реестр требований, необходимо также включать и так называемые «зарегистрированные» требования (требования кредиторов, признанные судом обоснованными, но не включенными в реестр в связи с несоблюдением срока их предъявления), а равно обязательства, возникающие по текущим платежам кредиторов.

Указанная позиция основана на следующем: при преднамеренном банкротстве должник, используя легальные правовые инструменты, предусмотренные специальным законодательством о банкротстве, уклоняется от надлежащего исполнения обязательств. В случае такого неисполнения ущерб причиняется всем кредиторам, не получившим выплаты в связи с банкротством должника, следовательно, для квалификации деяний лица по ст. 196 Уголовного кодекса Российской Федерации не имеет значения, включены требования в реестр или нет, правовое значение имеют введение процедуры банкротства и, в силу этого, негативные последствия для кредиторов, обязательства перед которыми существовали до введения процедуры, применяемой в деле о банкротстве, либо после.

Таким образом, при определении размера ущерба, причиненного преднамеренным банкротством, следует исходить из следующего:

— размер ущерба подлежит определению на основании реестра требований кредиторов на дату возбуждения уголовного дела и подлежит корректировке на любом этапе вплоть до вынесения при-

говора в случае исключения требований из реестра, а равно включения новых, не учтенных на указанную дату;

— в общий размер ущерба подлежат включению требования кредиторов, признанные судом обоснованными, но не включенными в реестр в связи с нарушением срока обращения в суд («зарегистрированные» требования кредиторов), а равно требования кредиторов по текущим платежам, не погашенные в ходе процедуры банкротства;

— общий размер требований: реестровые, зарегистрированные, текущие платежи — подлежит суммированию, вменяется виновному общей суммой;

— в случае частичного или полного погашения требований в ходе процедуры банкротства, указанные суммы не исключаются из общего размера вмененного ущерба, но не подлежат взысканию при рассмотрении гражданского иска о возмещении ущерба, причиненного преступлением.

Литература

1. Волженкин Б.В. Преступления в сфере экономической деятельности по уголовному праву России / Б.В. Волженкин. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2007. 765 с.
2. Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений / И.А. Клепицкий. Москва : Статут, 2005. 570 с.
3. Колб Б.И. Ответственность за криминальные банкротства : автореферат диссертации кандидата юридических наук / Б.И. Колб. Москва, 2003. 18 с.
4. Михалев И.Ю. Банкротство и уголовный закон : диссертация кандидата юридических наук / И.Ю. Михалев. Владивосток, 2000. 244 с.
5. Михалев И.Ю. Криминальное банкротство / И.Ю. Михалев. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2001. 217 с.
6. Обухова А.В. О крупном ущербе в составе преднамеренного банкротства / А.В. Обухова // Общество и право. 2010. № 5. С. 116–118.
7. Тюнин В.И. Уголовная ответственность за банкротство / В.И. Тюнин. Санкт-Петербург : Изд-во Санкт-Петербургского университета МВД России, 2001. 159 с.
8. Шматенко А.А. Ущерб как элемент объективной стороны криминальных банкротств / А.А. Шматенко // Российский следователь. 2014. № 8. С. 27–32.

Уважаемые авторы!

Вы можете самостоятельно в режиме реального времени получать информацию о статусе статей, направленных для опубликования в ИГ «Юрист». Для этого необходимо отправить с вашего электронного адреса письмо на avtor-rq@lawinfo.ru, в теме письма должна быть указана только фамилия, без имени, отчества и др. Обращаем ваше внимание, что адрес для запроса статуса статей отличается от контактного электронного адреса редакции.

Каждый автор может узнать статус только своих статей, направив запрос со своего электронного адреса.

В случае возникновения проблем с получением информации просим обращаться в редакцию по телефону: 8 (495) 953-91-08 или по e-mail: avtor@lawinfo.ru

**Жаркова
Ольга Сергеевна,**
руководитель юридической компании
«Жаркова и Партнеры»
(г. Смоленск)
Os-z@mail.ru

DOI: 10.18572/1812-383X-2021-1-52-56

Гражданско-процессуальный аспект защиты права отдельно проживающего родителя на участие в воспитании ребенка. Немецкий опыт

Создание системы эффективных юридических гарантий права отдельно проживающего родителя на участие в воспитании ребенка является в течение многих лет одной из важных, комплексных задач гражданского процесса Германии в целом и исполнительного производства в частности. Данная проблема явно выражена и в России. Недостатки процессуальных гарантий данного права не только остро очерчены на практике, но и находятся в фокусе внимания научного сообщества, привлекают внимание правозащитных органов Совета Европы. Данная статья посвящена проблемам, способам их разрешения и целям правовых преобразований Германии в указанной сфере за последнее десятилетие.

Ключевые слова: семейное право, право на воспитание ребенка, немецкое право, немецкий гражданский процесс, Европейская комиссия по правам человека, Европейский суд по правам человека.

Немецкое семейное право в целом и право опеки над детьми в частности уже с первого десятилетия членства страны в Европейской комиссии по правам человека (ЕКПЧ) находились под выраженным влиянием Еврокомиссии, а затем — Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ)¹. Первым значительным изменением в семейном праве под влиянием общеевропейских правовых тенденций в этот период стало уравнивание в правовом положении «законно-» и «незаконно-рожденных» детей.

Дела, вытекающие из семейных споров, и сегодня составляют значительную часть практики Европейского суда в отношении Германии².

Один из ключевых аспектов обеспечения права отдельно проживающего родителя на участие в воспитании ребенка, находящийся в фокусе внимания немецких правоведов, а также Европейского суда, — это эффективные *процессуальные гарантии данного права*.

За десять предшествовавших лет (с 2008 г.) в немецком праве были значительно расширены материально-правовые гарантии отдельно проживающих родителей³. Закон об укреплении прав биологического отца от 4 июля 2013 г.⁴ внес изменения в Гражданское уложение и в Закон о судопроизводстве по семейным делам и спорам добровольной под-

¹ Weber, M. Der EGMR als Motor der effektiven Durchsetzung von Umgangsrechten // NZFam. 2015. № 8. S. 337. Подробный обзор трудностей судебного правоприменения по делам об опеке над ребенком: Wanitzek, U. Rechtssprechungsübersicht zum Recht der elterlichen Sorge und des Umganges // FamRZ. 2014. № 10. S. 808.

² См., например: Nußberger, A. Welche Macht hat die Justiz? URL: <https://www.dw.com/de/journal-interview-mit-angelika-nu%C3%9Fberger/av-6551763>; Vogel, H. Rechtsfolgen bei übermäßiger Dauer des Verfahrens in Familiensachen // FF. 2014. № 11. S. 434–437; Wanitzek, U. Rechtsspre-

chungsübersicht zum Recht der elterlichen Sorge und des Umganges // Ibid. S. 808–823; Weber, M. Der EGMR als Motor der effektiven Durchsetzung von Umgangsrechten // NZFam 2015. № 8. S. 337–341; Fischer, A. Kein effektiver Rechtsschutz gegen Überlange Umgangsrechtsverfahren durch §198 GVG // FamRB. 2015. № 6; и др.

³ Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern von 16.04.2013 // BGBl. I 795. Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters vom 25.04.2013 // BGBl. I 2176.

⁴ Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters vom 4.07.2013 // BGBl. I. S. 2176.

судности от 17 декабря 2008 г.⁵ (далее — Закон о семейных спорах). В последний добавлена статья относительно уточнения порядка реализации права на участие в воспитании ребенка. В Гражданское уложение добавлен § 1686а, п. 1 которого презюмируется право биологического отца «на общение с ребенком, если это служит интересам ребенка».

Порядок общения отдельно проживающего родителя с ребенком в Германии, равно как и в Российской Федерации, может определяться судом. В силу § 89 Закона о семейных спорах предусмотрена возможность наложения на родителя, виновного в нарушении установленного порядка общения (например, препятствующего общению в установленном порядке), штрафа в размере до 25 000 евро (Ordnungsgeld).

Дело «Куппингер против Германии», разрешенное в ЕСПЧ 15 января 2015 г.⁶ в качестве пилотного, вскрыло коренные проблемы правоприменения в области обеспечения права родителя на участие в воспитании ребенка. Заявитель ходатайствовал перед районным судом Франкфурта о выплате матерью их общего ребенка процессуального штрафа (Ordnungsgeld) в размере 3 000 евро за 6 нарушений судебного постановления об опеке (мать препятствовала общению отца с ребенком). Суд вынес решение о выплате штрафа в размере 300 евро.

При рассмотрении дела данного заявителя ЕСПЧ указал, что эффективная реализация права на опеку охватывает не только разумную длительность разбирательства, но и оперативное исполнение. Суд усомнился в том, что наложенный процессуальный штраф был достаточен для того, чтобы произвести на сторону должное воздействие.

При изучении практики национальных судов становится очевидно, что проблема недостаточно эффективного использования имеющихся гражданско-процессуальных гарантий коренится не только в размере накладываемого штрафа.

⁵ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008 // BGBl. I. S. 2586, 2587.

⁶ Judgement ECHR of 21.4.2011 in case of Kuppinger v. Germany, 41599/09 // HUDOC.

Ответственность уклоняющегося родителя за неисполнение судебного решения о порядке общения с ребенком базируется на § 89 Закона о семейных спорах⁷. Как уже отмечалось, им предусмотрена возможность наложения штрафа в размере до 25 000 евро или ареста. Штраф налагается по решению суда. В силу п. 4 § 89 суды применяют презумпцию виновности стороны, допустившей нарушение прав опеки⁸. В силу п. 2 § 89 при вынесении решения о порядке участия родителей в воспитании детей сторона должна быть уведомлена о возможности применения к ней впоследствии данных санкций.

Как показывает анализ, устоявшейся правоприменительной практикой по § 89 в 2015–2016 гг. (после вынесения решения по делу Куппингера) является обеспечение надлежащего предварительного уведомления сторон о возможности их привлечения к ответственности.

Так, 3 августа 2016 г. Высший федеральный суд разрешил дело по жалобе отца в связи с тем, что мать препятствовала нахождению с ним двух дочек во время каникул, что было предусмотрено подписанным родителями ранее, в 2014 г., и утвержденным районным судом соглашением. Верховный суд земли отклонил заявление отца о наложении на ответчицу штрафа. При этом была поддержана позиция нижестоящего суда: требования истца о привлечении матери детей к ответственности необоснованны в силу того, что в соответствующем решении районного суда от 7 февраля 2014 г. «отсутствует указание на последствия противодействия этому правилу общения» (п. 15)⁹. Верховный федеральный суд

⁷ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008 // BGBl. I. 2008. S. 2586, 2587.

⁸ Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 17. Juli 2015 — 1 WF 154/15, Rn 24 // Juris. Die Festsetzung unterbleibt nach § 89 Abs. 4 FamFG, wenn der Verpflichtete Gründe vorträgt, aus denen sich ergibt, dass er die Zuwiderhandlung nicht zu vertreten hat. Daraus folgt, dass das Verschulden des Pflichtigen vermutet wird, см. также п. 9 Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 03. Juni 2015 — 10 WF 54/15 // Juris.

⁹ Es fehlt ihm aber ein Hinweis auf die Folgen einer Zuwiderhandlung gegen diese Umgangsregelung gemäß § 89 Abs. 2 FamFG.

указал на обязательность учета принципа разумных ожиданий матери в данном случае (п. 17 постановления), ссылаясь на позиции, выраженные в печати и в судебной практике 1998 и 2011 годов (до принятия постановления по делу Куппингера).

В другом деле Верховный суд земли Шлезвиг-Гольштейн отменил решение районного семейного суда о наложении штрафа в размере 750 евро на отца, препятствующего матери встречаться с их общими детьми¹⁰. При этом, как установлено судом, уведомление отца о возможной ответственности за нарушение порядка общения было совершено в форме простого указания в судебном решении, чего, по мнению суда, недостаточно для привлечения к ответственности. Нарушения отца детей, проживающего совместно с ними, остались таким образом безнаказанными, как и в предыдущем случае.

Суды Германии и в других случаях неизменно следуют требованию п. 2 § 89 закона о семейных спорах о необходимости проверки предварительного уведомления стороны о возможных мерах ответственности¹¹. При этом отмечается, что это указание «должно быть понятно даже дилетанту»¹², находится в решении на видном месте, а не «в конце мотивировочной части, хотя и отделенное пробелом, но не подчеркнутое и не выделенное иным способом»¹³.

Отсутствие уведомления стороны может быть исправлено и после вынесения основного решения, например посредством дополнительного определения, или вышестоящим судом. Однако чаще всего такое восполнение происходит только при вынесении отрицательного решения по жалобе родителя, чьи права нарушены¹⁴.

¹⁰ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 21.09.2015 — 10 WF 144/15, Rn. 16 // Juris.

¹¹ Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 05.01.2016 — 3 WF 231/15 // Juris. OLG Hamm, Beschluss vom 23.12.2015 — II-2 WF 207/15, 2 WF 207/15 // Juris.

¹² ‘Er muss so formuliert sein, dass er auch für einen Laien verständlich ist’ Rn 12, OLG Hamm, Beschluss vom 23.12.2015 — II-2 WF 207/15, 2 WF 207/15 // Juris.

¹³ OLG Oldenburg, Beschluss vom 17.08.2015 — 11 WF 159/15 // Juris.

¹⁴ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 21.09.2015 — 10 WF 144/15, Rn 26 // Juris.

Нельзя не отметить, что за период 2015–2017 гг. размер накладываемого штрафа, по сравнению с делом Куппингера, не возрос, несмотря на то, что ЕСПЧ указал на такую потребность. Нормой для немецкой практики является наложение штрафа в размере 150 евро, 200 евро, реже — 500 евро. В литературе вслед за ЕСПЧ отмечается, что размер штрафа должен быть настолько чувствительным, чтобы «сломить противодействие родителя судебному решению»¹⁵.

Позиция ЕСПЧ о необходимости применения к родителю, препятствующему общению детей с другим родителем, более ощутимых санкций до 2016 г. не развивалась в практике немецких судов, хотя правовая возможность для этого имеется.

Таким образом, в 2015–2016 гг. сохранились основные проблемы применения гражданско-процессуальных средств защиты права отдельно проживающего родителя на участие в воспитании ребенка:

а) недостаточная жесткость и чувствительность для виновной стороны применяемых мер ответственности за нарушение установленного судом порядка общения;

б) упущения судов при вынесении решений о порядке воспитания детей, приводящие к последующему отказу в наложении штрафов на виновного родителя при нарушении им порядка общения.

Дополнительным аспектом обеспечения права на участие родителя в воспитании детей является соблюдение разумного срока судопроизводства по делам такого рода. Особенная важность данной гарантии по делам опеки над детьми обусловлена тем, что «время воспринимается ребенком иначе, чем взрослым»¹⁶. В силу п. 1 ст. 6 ЕКПЧ и последующей судебной практики ЕСПЧ организация судебного разбирательства и исполнение судебного решения в разумный срок входят в обязанности стран — членов конвенции.

11 октября 2016 г. в Закон о семейных спорах введен § 155b, предусматриваю-

¹⁵ Fischer, A. Kein effektiver Rechtsschutz gegen Überlange Umgangsrechtsverfahren durch § 198 GVG // FamRB. 2015. № 6. S. 211.

¹⁶ Vogel, H. Rechtsfolgen bei übermäßiger Dauer des Verfahrens in Familiensachen // FF. 2014. № 11. S. 111.

ший новые правовые средства защиты в виде претензии об ускорении (*die Beschleunigungsgrüße*) и жалобы об ускорении гражданского процесса по спорам об опеке (*die Beschleunigungsbeschwerde*)¹⁷, которые уже активно применяются на практике.

Из содержания новелл и вынесенных решений следуют следующие важные особенности правового регулирования в рассматриваемой сфере:

1. Законодатель не установил предельной длительности процесса (*die Verfahrenshöchstdauer*), что характерно для немецкого гражданского процесса в целом. Вместе с тем в практике встречается позиция о том, что в каждом отдельном случае *судам следует обращать внимание на то, чтобы судебное решение с течением времени не предопределялось сложившимися в ходе процесса фактическими обстоятельствами*¹⁸.

2. Процесс может быть признан затянутым лишь в случае обусловленности задержки самим судом¹⁹.

3. Возможная в будущем задержка процесса не может быть предметом разбирательства²⁰.

4. Основной процесс не прерывается на время рассмотрения претензии об ускорении²¹.

Данными новеллами сделан шаг на пути преодоления двух из указанных выше основных недостатков правоприменения в сфере обеспечения прав отдельно проживающего родителя на участие в воспитании ребенка. Рассмотренные пре-

образования являются частным продолжением затронувших весь гражданский процесс Германии изменений в части обеспечения разумной длительности судопроизводства (Закон о правовой защите при чрезмерных сроках судебного разбирательства и предварительного расследования от 4 ноября 2011 г.²² вступил в силу 3 декабря 2011 г.).

Вместе с тем данные новеллы не коснулись механизмов наложения штрафов на виновного родителя за нарушение решения об опеке. В частности, по-прежнему выносится отказ в наложении штрафа на виновного родителя в случае нарушений судом предписаний о его предварительном надлежащем уведомлении.

В этой связи необходимо сделать небольшое отступление и рассмотреть несколько шире вопрос о квалификации упущений государственных органов или агентов, действующих по государственному мандату, приведших к возникновению неблагоприятной правовой ситуации для стороны спора.

Вопрос о квалификации упущений судов или агентов, назначаемых и действующих в интересах стороны в силу закона, неоднократно рассматривался в ЕСПЧ по делам против различных государств и отмечен разнообразными подходами. Свежими примерами могут служить два постановления. В деле «Сташков против Франции»²³ упущение со стороны адвокатского органа, действующего по мандату государства в интересах заявителя, повлекло для последнего негативные последствия (утрата возможности обжалования решения). Данное нарушение было вменено в вину стране-ответчице, что повлекло ее осуждение по п. 1 ст. 6 ЕСПЧ.

С другой стороны, в одном из недавних постановлений против Германии ЕСПЧ занял сторону страны-ответчицы в вопросе о судебном упущении в граж-

¹⁷ Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes, der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Gerichtskostengesetzes vom 11.10.2016 // mWv. 15.10.2016.

¹⁸ Rn. 51; KG Berlin, Beschl. v. 31.01.2017 — 13 WF 12/17, Rn. 13; OLG Bremen, Beschl. v. 02.02.2017 — 4 UF 13/17 // Juris.

¹⁹ Rn. 71; KG Berlin, Beschl. v. 31.01.2017 — 13 WF 12/17 // Juris.

²⁰ OLG Bremen, Beschl. v. 02.02.2017 — 4 UF 13/17 // Juris.

²¹ Friederici, P. Notwendigkeit der einzelfallbezogenen Prüfung bei der Beschleunigungsbeschwerde in Kindschaftssachen // Herberger. FamR. 2017. № 15.

²² Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (ÜberlVfRSchG) vom 24.11.2011 // BGBl. 2011. 1. № 60.

²³ Arrêt CEDH de 6.10.2011 en l'affaire Staszkow c. France, 52124/08 // HUDOC.

данском процессе²⁴ и не счит нарушением п. 1 ст. 6 ЕКПЧ ввиду недостатка кооперативности стороны, *даже при отсутствии в национальном праве обязанности заявителя содействовать суду в спорном случае*. Указанное дело «Фольтис против Германии» демонстрирует благосклонность ЕСПЧ к развитию в Германии дополнительных требований кооперативности сторон по отношению к суду. Данный подход основан на весьма веских основаниях в практике ЕСПЧ по делам против Германии.

Выводы

Представляется, что конечной целью правовых преобразований в области обеспечения права отдельно проживающего родителя на участие в воспитании ребенка должно являться: а) *фактическое закрепление взаимосвязей между отдельно проживающим родителем и ребенком до достижения последним совершеннолетия* (либо его эмансипации) в такой форме, которая соответствует решению суда (при наличии такового); б) возможность оперативного изменения закрепленного порядка общения в установленном законом порядке, если этого требуют интересы ребенка, а также; в) закрепление и применение на практике неизбежных ощутимых санкций к стороне, виновной в нарушении установленного порядка общения и участия в воспитании ребенка.

²⁴ Judgment ECHR from 30.06.2016 in case Foltis v. Germany, 56778/10 // HUDOC.

Литература

1. Fischer, A. Kein effektiver Rechtsschutz gegen Überlange Umgangsrechtsverfahren durch § 198 GVG / A. Fischer // FamRB. 2015. № 6. S. 210–212.
2. Herberger, M. Notwendigkeit der einzelfallbezogenen Prüfung bei der Beschleunigungsbeschwerde in Kindschaftssachen / M. Herberger // Anmerkung zu OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.03.2017 — 17 WF 31/17 // Juris. PR-FamR. 2017. Vol. 15. Anm. 3.
3. Vogel, H. Rechtsfolgen bei übermäßiger Dauer des Verfahrens in Familiensachen / H. Vogel // FF. 2014. Vol. 11. S. 434–437.
4. Wanitzek, U. Rechtssprechungsübersicht zum Recht der elterlichen Sorge und des Umganges / U. Wanitzek // FamRZ. 2014. Vol. 10. P. 808–822.
5. Weber, M. Der EGMR als Motor der effektiven Durchsetzung von Umgangsrechten / M. Weber // NZFam. 2015. Vol. 8. P. 337–341.

Следует заключить, что законодательное регулирование Германии в области исполнения решений по правам опеки содержит необходимые процессуальные гарантии, которые на данный момент применяются недостаточно эффективно. При этом судебные упущения в данной сфере подразумевают повышенный риск последующего осуждения Германии в ЕСПЧ по п. 1 ст. 6 и ст. 8 ЕКПЧ.

Проблема обеспечения права отдельно проживающего родителя на участие в воспитании ребенка сохраняет остроту и, безусловно, нуждается в дополнительных законодательных и правоприменительных изменениях, к которым следует отнести в первую очередь размер налагаемых на практике штрафных санкций и изменение правоприменительной практики по п. 2 § 89 Закона о семейных спорах, в силу которой правовые изъяны уведомления стороны о возможности наложения на нее штрафа могут выступить предпосылкой освобождения виновной стороны от ответственности.

В российском гражданско-процессуальном праве норма, аналогичная п. 2 § 89 Закона о семейных спорах Германии, отсутствует. В этой связи применение правовых положений об ответственности за нарушения в рассматриваемой области сопряжено с меньшим числом формальностей, в которые вовлечена сторона нарушителя, а следовательно — в большей степени находится в сфере правовой воли правоприменителя, а также обладателя субъективного права.

Табак

Ирина Александровна,доцент кафедры гражданского
процесса Саратовской государственной
юридической академии,
кандидат юридических наук, доцент
tia_1503@mail.ru

DOI: 10.18572/1812-383X-2021-1-57-60

Адаптация обучающихся и преподавателей в условиях перехода на новую образовательную модель высшего образования с использованием дистанционных образовательных технологий

В данной статье рассматриваются актуальные вопросы о переходе на новую образовательную модель в системе высшего образования Российской Федерации. Автор отмечает некоторые проблемы применения дистанционных образовательных технологий в условиях адаптации преподавателей и обучающихся, основанные на собственном опыте преподавания правовых дисциплин. Делаются выводы о том, что требуется формирование инновационных подходов по дистанционному взаимодействию между обучающимся и преподавателем, поскольку электронная форма обучения представляет собой совершенно иную модель взаимодействия, нежели традиционная. Используются методы анализа, обобщения, диалектики, систематизации. Научная и практическая значимость: основные результаты статьи могут быть полезными для дальнейшей работы по выявлению перспективных направлений для усовершенствования и эффективности всей системы высшего образования и развития основ правового регулирования в этой области.

Ключевые слова: электронное образование, дистанционное обучение, взаимодействие, информационная среда, образовательные платформы, высшее образование, юридические науки, образовательная деятельность.

Всесторонняя активизация процессов по реформированию высшего образования и планового перехода на новую образовательную модель обусловлена своим ускорением, всеобщей глобализацией в огромном мире знаний информационной среды. Внезапное появление коронавирусной пандемии COVID-19, не только ускорило темпы деятельности, но и запустило все имеющиеся в режиме ожидания механизмы образовательной деятельности в условиях цифровой среды.

Основные научные движения акцентировались в сторону конкурентной способности в области социально-гуманитарных знаний и требуют некоторого переосмысления значимости человека как в сфере информационной среды, так и в социально-экономическом развитии общества (страны). С появлением новых технологий в области коммуникации с человеком разрабатываются новые методики воздействия на восприятие для эффективного взаимопонимания и взаимодействия.

Динамичная перестройка высшего образования сегодня обусловлена изменением всей образовательной модели и касается прежде всего разработки нового индивидуального подхода к каждому обучающемуся в отдельности, в котором роль преподавателя будет также значительно меняться. Преподаватель постепенно утрачивает монополию носителя знаний в огромном мире знаний информационной среды, но ценность личного общения с ним переходит уже на новый уровень.

Лучшее разъяснение по этому поводу было озвучено на «Первом канале» от действующего министра науки и высшего образования Российской Федерации Валерия Фалькова, который в своем выступлении отметил, что, как было раньше, уже не будет; ценность личного общения с преподавателем повысится, и много общаться в таком объеме, как было раньше, это уже роскошь¹.

¹ См.: Познер. Гость Валерий Фальков. 15.06.2020.
URL: <https://www.1tv.ru/shows/pozner/vypuski/gost-valeriy-falkov-pozner-vypusk-ot-15-06-2020>
(дата обращения: 12.08.2020).

В этой связи, утрачивая монополию носителя знаний, преподаватель, безусловно, должен не только помогать обучающемуся научиться самостоятельно ориентироваться в поиске этих знаний в информационной среде, с использованием электронных информационных и образовательных ресурсов, но и развивать умение и практические навыки их надлежащим образом обработать уже с учетом найденного материала в других источниках. Именно поэтому необходимо разработать и обеспечить некоторый оптимум между дистанционным форматом обучения (онлайн) и привычной традиционной формой.

Новый опыт дистанционного образования, введенного с весны 2020 г. во всех высших учебных заведениях страны, не только позволил переосмыслить проблемы существующих образовательных технологий для электронной формы обучения, но и обозначил явную необходимость в реформировании всей существующей образовательной модели высшего образования.

В реальности одним из серьезных испытаний оказалась вынужденная и ускоренная адаптация всех участников образовательной деятельности не только в общеобразовательных школах, но и в высших. Проблема адаптации как студента, так и преподавателя в ходе обучения неизбежна при любом повороте как при вынужденном переходе на дистанционную форму взаимодействия, так и при возвращении к традиционному формату. Любой переход значительно меняет форму взаимодействия между студентом (обучающимся) и преподавателем, в том числе определенно поднимает уровень внутренней самодисциплины как одного, так и другого.

Преподавательская деятельность перестраивается на абсолютно другую модель и методику работы, и это касается практически всех видов учебных занятий: изложения лекционного материала, проведения семинарских (практических) занятий, научных мероприятий (круглый стол, конференция, деловые игры и т.д.). Преподавателями высших школ активно разрабатываются и внедряются новые актуальные методики и приемы обучения

в различных формах проведения учебных занятий, которые смогут не только заинтересовать и заставить студентов думать, но и закреплять пройденный материал по изучаемой правовой дисциплине² даже в условиях дистантного обучения.

Федеральным законом от 8 июня 2020 г. № 164-ФЗ «О внесении изменений в статьи 71.1 и 108 Федерального закона “Об образовании в Российской Федерации”» закреплены положения для осуществления образовательной деятельности «с применением электронного обучения, дистанционных образовательных технологий»³ для того, чтобы устранить выявленные пробелы в законодательстве и обеспечить их реализацию.

Динамичные изменения, которые наблюдаются в настоящее время в системе высшего образования, неизбежно требуют формирования инновационных подходов к разработке комплексной методологии по дистанционному взаимодействию между обучающимся и преподавателем. Поскольку электронная форма обучения с использованием дистанционных информационно-образовательных технологий представляет собой совершенно иную модель взаимодействия, нежели традиционная.

Полученный уникальный опыт периода пандемии наглядно продемонстрировал и дал понять, где проявились пробелы и на что следует обратить наиболее пристальное внимание, в приоритете решая возникшие вопросы. Остановимся на некоторых из них.

Во-первых, отсутствие всеобщего доступа обучающихся к электронной образовательной среде и надлежащего технического устройства для выхода на цифровую образовательную платформу. Прежде всего это касается тех обучающихся, которые проживают в удаленных

² См.: Васильева О.Н., Надточий Ю.Б. Современные формы проведения занятий, приемы и методы обучения, используемые в преподавании правовых дисциплин в высшей школе // Юридическое образование и наука. 2020. № 8. С. 10–14.

³ Федеральный закон от 8 июня 2020 г. № 164-ФЗ «О внесении изменений в статьи 71.1 и 108 Федерального закона “Об образовании в Российской Федерации”» // СПС «КонсультантПлюс».

населенных пунктах и регионах, где возможность подключения к телекоммуникационной сети Интернет отсутствует либо сама связь Сети недостаточно стабильная для проведения образовательного процесса.

В большинстве случаев, как выяснилось, это еще и отсутствие материальной и финансовой возможности семьи (родителей) студента на приобретение актуальных нашему времени ноутбуков и планшетов (компьютеров различных вариантов) для возможности выхода на цифровые платформы и участия в учебных онлайн-занятиях, а также для загрузки на образовательный портал самостоятельно выполненных домашних работ для проверки преподавателем.

Во-вторых, идентификация личности студента в условиях применения коммуникационных технологий при дистанционном формате обучения, например платформы Zoom, которая была активно задействована во многих образовательных учреждениях.

Так, при подключении на платформу всех приглашенных участников далеко не каждый имеет в наличии встроенную видеочкамеру на своем используемом техническом устройстве. В таком случае на экране монитора образуется «кубик черного цвета» с именем пользователя, что затрудняет для преподавателя однозначное понимание о присутствии конкретного обучающегося в ходе учебного занятия в таком формате. Кроме того, произвольное отключение от системы и проблемы со связью в период проведения вебинаров (мероприятий, которые проводятся через телекоммуникационную сеть Интернет в режиме реального времени) отвлекают от учебного процесса и занимают достаточное количество времени на его восстановление.

Отдельно стоит отметить и проверку преподавателем письменных самостоятельных работ студента, поскольку неизбежно возникают трудности по определению авторства выполнения задания, что сделать практически нереально, если личная встреча не представляется возможной.

В-третьих, отсутствие прямого личного взаимодействия и невербального

общения в процессе обучения, поскольку голосовая передача информации — это только 1/3 из общего оценивания результата.

Цифровое изложение полученных знаний через подготовленные слайды и презентации при выполнении индивидуальных заданий обучающимся, конечно, может некоторым образом выразить его мысли и эмоции. Однако в ходе проверки такого задания преподавателем неизбежно возникнет вопрос авторства выполнения, а отсутствие личного голосового сопровождения (которое всегда присутствует в ходе традиционной формы), собственного комментария и моментальных ответов на сопутствующие уточняющие вопросы не позволяет должным образом оценить результат усвоения учебного материала.

Неоднократные выступления главы государства по поводу проведенного дистанционного формата обучения и в отношении того, что категорически невозможно заменить в полном объеме очное образование дистанционным, уже разобрали на цитаты, одна из которых следующая: «Очень важно прямое общение, личное общение преподавателя и ученика, студента, школьника»⁴.

Добиться положительного результата вплоть до окончания учебного года большинству высших учебных заведений удалось благодаря наличию собственной информационно-технической базы (образовательные платформы) и усилиям профессорско-преподавательского состава. Необходимо также отдельно отметить, что большинство преподавателей продолжали находиться на связи с обучающимися не только в запланированные нагрузки учебные часы, но и практически круглосуточно. Дополнительной причиной тому стали территориальная удаленность значительной части обучающихся и установленные законодательством различные часовые зоны, с разницей от одного часа до шести часов.

⁴ Владимир Путин в режиме видеоконференции провел совещание о ситуации в системе образования в условиях распространения новой коронавирусной инфекции от 21 мая 2020 г. URL: <http://www.kremlin.ru/events/president/news/63376> (дата обращения: 12.08.2020).

Непосредственно занимаясь не только своей преподавательской деятельностью, они также своевременно отвечали на возникающие технические вопросы, в том числе разъясняя студентам, как и куда нужно загрузить выполненные задания, и помогая в них разобраться. В некотором смысле преподаватель выполнял дополнительно как методическое, так и техническое сопровождение каждого обучающегося в постоянном режиме.

В таких экстраординарных условиях нагрузка на каждого преподавателя, безусловно, резко возросла, и к этому далеко не все были готовы. Как студенты, так и преподаватели психологически оказались не подготовлены к такой именно временной загруженности.

Переход на новую образовательную модель высшего образования с использованием дистанционных технологий неизбежно приведет нас к глубокому погружению человека в электронный формат взаимодействия, представляя собой смешанную систему учебного процесса. Во всех высших образовательных учреждениях частично уже происходит обновление традиционной схемы обучения путем органичного добавления в образовательную деятельность цифровых технологий⁵.

⁵ См.: Жильцов Н.А., Чердаков О.И. Об образовательной платформе, онлайн-курсах и дистанционных технологиях // Юридическое образование и наука. 2020. № 7. С. 25–29.

Учитывая внесенные поправки об образовании в ст. 71 «е» обновленной Конституции Российской Федерации, устанавливающие определенные правовые гарантии в предоставлении государством «непрерывного образования»⁶, предстоит кардинальная работа по выявлению перспективных направлений для усовершенствования и эффективности всей системы образования и дальнейшего развития основ правового урегулирования в этой сфере.

Таким образом, принимая во внимание все вышеизложенное, можно с уверенностью констатировать, что в мире формируется абсолютная новая реальность, неизбежно затрагивающая многие сферы, в том числе и сферу образования. Ситуация в настоящее время существенно изменилась и требует глубокого осмысления. Останавливать технический прогресс невозможно, да и бессмысленно. Он должен работать на развитие передовых дистанционных образовательных технологий и цифровую трансформацию высшего образования, а весь полученный и накопленный опыт периода пандемии необходимо направить на доступность высшего образования и повышение его качества для каждого обучающегося, независимо от его территориальной удаленности.

⁶ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.; с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 г.). URL: <http://pravo.gov.ru> (дата обращения: 12.08.2020).

Литература

1. Васильева О.Н. Современные формы проведения занятий, приемы и методы обучения, используемые в преподавании правовых дисциплин в высшей школе / О.Н. Васильева, Ю.Б. Надточий // Юридическое образование и наука. 2020. № 8. С. 10–14.
2. Жильцов Н.А. Об образовательной платформе, онлайн-курсах и дистанционных технологиях / Н.А. Жильцов, О.И. Чердаков // Юридическое образование и наука. 2020. № 7. С. 25–29.

Arbitrazh-civil procedure

SCIENCEPRACTICE AND INFORMATION EDITION. Registered in Federal service on supervision in sphere of media communications and protection of cultural heritage
PI No. FC77-29216 of August 23, 2007. Published since 1998. Published monthly

No. 1/2021

EDITOR IN CHIEF:

Jarkov V.V., LL.D., professor,
Honored Scientist of the Russian Federation

DEPUTY EDITOR IN CHIEF, REGIONAL EDITOR:

Dolganichev V.V., PhD (Law), associate professor

EDITORIAL BOARD:

Arifulin A.A., professor, Honored Lawyer of the RF;
Vitryanskij V.V., LL.D., professor, Honored Lawyer of the RF;
Jilin G.A., LL.D., professor, Honored Lawyer of the RF;
Isajchev V.I., Honored Lawyer of the RF;
Nosyreva E.I., LL.D., professor;
Osokina G.L., LL.D., professor;
Renov Eh.N., PhD (Law), professor;
Sakhnova T.V., LL.D., professor;
Treushnikov M.K., LL.D., professor;
Tumanova L.V., LL.D., professor;
Scherstjuk V.M., LL.D., professor;
Yukov M.K., LL.D., professor

EDITOR IN CHIEF OF JURIST PUBLISHING GROUP:

Grib V.V., LL.D., professor, corresponding member
of the RAE, Honored Lawyer of the RF

DEPUTY EDITOR IN CHIEF

OF JURIST PUBLISHING GROUP:

Babkin A.I., Belykh V.S., Renov Eh.N.,
Platonova O.F., Truncevskij Yu.V.

EDITORIAL OFFICE:

Lapteva E.A., Solovyeva D.V.

SCIENTIFIC EDITING AND PROOFREADING:

Shvechkova O.A., PhD (Law)

Founder: Jurist Publishing Group

EDITORIAL SUBSCRIPTION CENTRE:

Tel. / fax: (495) 617-18-88 (multichannel)

E-mail: podpiska@lawinfo.ru

Tel.: (495) 953-91-08

ADDRESS PUBLISHERS / EDITORS:

Bldg. 7, 26 / 55, Kosmodamianskaya Emb.
Moscow, 115035.

E-mail for authors: avtor@lawinfo.ru

SUBSCRIPTION:

United catalogue. Russian press — 85473;

Russian post. Digital catalogue — П1715.

Subscription at www.lawinfo.ru

Passed for printing: 24.12.2020.

Issue was published: 14.01.2021.

ISSN 1812-383X

Printed at typography National Polygraphic Group Ltd.

Bldg. 2, street Svetlaya, Kaluga, 248031.

Tel.: (4842) 70-03-37

Size 170x252. Offset printing.

Printer's sheet 5,0. Conventional printed sheet 5,0.

General circulation 4000 copies. Free market price.

RELEVANT ISSUES OF SCIENCE AND PRACTICE

3 Rekhtina I.V. The Non Bis In Idem Principle in the Mechanism of Ensuring Legal Certainty of Civil Proceedings in the Russian Federation

10 Solovyeva T.V. Amicable Dispute Settlement as a New Task of Civil Proceedings

14 Naumov V.V. The Use of Informational Instruments by an Attorney in the Course of Pre-Trial Preparation for Participation in a Commercial Dispute

19 Viflyantsev A.O. Put in a Word for Provisional Remedies in Cases Challenging Statutory Acts

EXAMINATION

24 Loburev S.N. Relevant Issues of Commissioning and Carrying Out Forensic Examinations in Civil Cases Using Register Records

29 Zernov S.I. On Review of an Expert's Report on Action Proceedings in the Civil and Commercial Procedure

INSOLVENCY (BANKRUPTCY)

36 Belyasov S.N., Scherbinina I.V. The Debtor's Manager and Other Controlling Persons as Subjects of Subsidiary Liability in Bankruptcy: The Concept and Qualifying Attributes

42 Lysenko A.I. The Creditors' Right to Select an Official Receiver: An Analysis of Legal Positions of the Arbitration Practice

47 Korennaya A.A. Calculation of the Amount of Damage Caused by Deliberate Bankruptcy (Article 196 of the Criminal Code of the Russian Federation)

CIVIL PROCEDURE OF FOREIGN COUNTRIES

52 Zharkova O.S. The Civil Procedure Aspect of Protection of the Right of the Non-Custodial Parent to Take Part in Child Upbringing. The German Experience

OUR GUESTS

57 Tabak I.A. Adaptation of Students and Teachers in Conditions of Transition to a New Educational Model of Higher Education Using Distance Education Technologies

Recommended by the Supreme Attestation Commission under the Ministry of Science and Higher Education of the Russian Federation for publications of results of doctoral theses.

The Non Bis In Idem Principle in the Mechanism of Ensuring Legal Certainty of Civil Proceedings in the Russian Federation**Rekhtina Irina V.**

Associate Professor of the Department of Labor, Environmental Law and Civil Procedure of the Altai State University

Doctoral Student of the Institute of Public Administration and Civil Service of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (RANEPA)

PhD (Law)

Based on the analysis of procedural rules and national jurisprudence, the article explores the specifics of the application of the non bis in idem rule in the formation of legal certainty in civil proceedings of the Russian Federation. Emphasis is placed on the need to legislate the non bis in idem design in procedural codes and to expand the application of the non bis in idem enforcement mechanism.

Keywords: justice, civil procedure, non bis in idem, legal certainty, enforcement, jurisprudence.

Amicable Dispute Settlement as a New Task of Civil Proceedings**Solovyeva Tatyana V.**

Professor of the Department of Civil Procedure of the Saratov State Law Academy

LL.D., Associate Professor

This article considers the peaceful settlement of the dispute as one of the directions for improving civil procedural legislation in the framework of the ongoing judicial reform. The author analyzes the tasks of civil proceedings. The conclusion is drawn that it is necessary to adjust the content of article 2 of Code of Civil Procedure of Russia in order to consolidate the peaceful settlement of the dispute as a new task, as well as the consequences of its solution.

Keywords: civil proceedings, legislation, tasks, judicial reform, peaceful settlement of a dispute.

The Use of Informational Instruments by an Attorney in the Course of Pre-Trial Preparation for Participation in a Commercial Dispute**Naumov Viktor V.**

Postgraduate Student of the Legal Postgraduate School of the National Research University Higher School of Economics (NRU HSE)

This article expresses the results of a comprehensive scientific research. The following goals were achieved: 1) identification of the features of qualified legal assistance provided by a lawyer in the arbitration process; 2) analysis of the features of the interaction between arbitration proceedings and IT; 3) creation of an approximate algorithm for the use of information tools by an attorney in the process of preparing for arbitration proceedings; 4) recommendations on ensuring information security; 5) analysis of the possibilities of the information tools usage in arbitration process. The study is based on Russian and foreign doctrinal sources, laws of the Russian Federation, attorneys' corporate acts and websites of the main registers of the Russian Federal services.

Keywords: arbitration process, attorney, information technology, advocate secrecy, information security.

Put in a Word for Provisional Remedies in Cases Challenging Statutory Acts**Viflyantsev Andrey O.**

Postgraduate Student of the Law Faculty of the National Research University Higher School of Economics (NRU HSE)

Article 251, section 7 of the Code of Civil Procedure of the Russian Federation specified, that filing of an application to challenge a normative legal act before the court does not suspend the challenged normative legal act. A functional analysis of the aforementioned norm brought the courts to the conclusion that interim measures were not provided for by law. Although an adoption of the Code of Administrative Court Procedure of the Russian Federation was not followed by any considerable changes to the regulation, one of the changes that occurred enabled the courts to take a single provisional protection measure regarding the administrative action to challenge a normative legal act — namely, to ban the application of a challenged normative legal act or its challenged provisions against an administrative plaintiff. Now, almost 6 years later, the time has

come to evaluate how provisional protection measures in cases involving challenging normative legal acts work in practice.

Keywords: provisional measures of protection in cases involving challenging normative legal acts, ban of the application of a challenged normative legal act or its challenged provisions against an administrative plaintiff, application grounds for provisional protection measures, Leubsdorf — Posner's formula.

Relevant Issues of Commissioning and Carrying Out Forensic Examinations in Civil Cases Using Register Records

Loburev Sergey N.

Postgraduate Student of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation

The article discusses a number of difficulties that impede the appointment and conduct of forensic examinations in cases using records of metric books faced by the parties, other persons involved in the case and the judicial authorities. The author suggests some ways to overcome them.

Keywords: forensic examination, records of metric books, standard of proof, court decisions, evidence.

On Review of an Expert's Report on Action Proceedings in the Civil and Commercial Procedure

Zernov Stanislav I.

Chief Executive Officer of Research Center for Safety Evaluation, Autonomous Nonprofit Organization

LL.D., Professor

On claim proceedings, as a rule, an judicial expert's opinion is required to establish the objective side of the dispute. Assessing the credibility of the expert's report for the court is difficult, because it requires the use of special expert knowledge. Legal issues of preparation of the critical review (another expert's opinion) on the judicial expert' report, as a way to implement the adversarial principle of parties, are discussed. Provides guidance on the interaction between counsel and expert in the case of challenging the judicial expert's opinion.

Keywords: legal proceedings, special expert knowledge, adversarial, expert's opinion assessment, challenge, review.

The Debtor's Manager and Other Controlling Persons as Subjects of Subsidiary Liability in Bankruptcy: The Concept and Qualifying Attributes

Belyasov Sergey N.

Associate Professor of the Department of Legal Disciplines of the University for Humanities and Technologies (GGTU), PhD (Law)

Scherbinina Irina V.

Associate Professor of the Department of Legal Disciplines of the University for Humanities and Technologies (GGTU)

PhD (Law)

The article is devoted to the study of the procedure existing in domestic practice for the application of subsidiary liability of supervisory authorities for the debtor's debts, namely, the determination of persons who control the debtor. The authors dwell on the signs of a controlling debtor, analyze judicial practice and the position of the Federal Tax Service of the Russian Federation on bringing such persons to subsidiary liability. In addition, the article discusses rebuttable presumptions that will facilitate proving that a person has the status of a controller. Also, in order to eliminate the collision identified in the clarifications of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation No. 53, the authors propose a new presentation of par. 3 clause 7 of the said Resolution.

Keywords: Bankruptcy Law, bankruptcy (insolvency) legislation, subsidiary liability, controlling person, debtor, creditor.

The Creditors' Right to Select an Official Receiver: An Analysis of Legal Positions of the Arbitration Practice**Lysenko Anastasia I.**

Lawyer at YurTekhKonsalt, Limited Liability Company, LL.M.

This article discusses the current judicial practices considering ways to protect the creditors rights to choose an arbitration manager at different stages of bankruptcy proceedings. The author draws attention to the possibility of a transfer of the right to choose an arbitration manager from the first claimant to its assignee. In addition, the article contains an overview of procedural means of preventing from approving the biased candidate of an arbitration manager.

Keywords: bankruptcy, arbitration manager, affiliation, performance of an obligation, abuse of rights, meeting of creditors.

Calculation of the Amount of Damage Caused by Deliberate Bankruptcy (Article 196 of the Criminal Code of the Russian Federation)**Korennaya Anna A.**Attorney, Associate Professor of the Department of Criminal Law and Criminology of the Altai State University
PhD (Law)

The article discusses the issues of determining the amount of damage from premeditated bankruptcy in several aspects: 1) establishing the structure of damage 2) establishing the value 3) determination of the end of the crime by the moment of causing damage on a large scale. Based on the analysis of the doctrine of criminal law and the practice of applying Art. 196 of the Criminal Code of the Russian Federation, the author sets out his own conclusions, the use of which in law enforcement practice will minimize errors in the qualification of deliberate bankruptcies.

Keywords: insolvency, deliberate bankruptcy, abuse of law, damage, creditors.

The Civil Procedure Aspect of Protection of the Right of the Non-Custodial Parent to Take Part in Child Upbringing. The German Experience**Zharkova Olga S.**

Head of Zharkova and Partners Law Company (Smolensk)

The creation of a system of effective legal guarantees of the right of a separately living parent to participate in raising a child has been for many years one of the important, complex tasks of the civil process in Germany in general and enforcement proceedings in particular. This problem is clearly expressed in Russia. The shortcomings of the procedural guarantees of this right are not only sharply outlined in practice, but also are in the focus of attention of the scientific community and attract the attention of human rights bodies of the Council of Europe. This article is devoted to the problems, methods of solution and the goals of the legal transformations of Germany in this area over the past decade.

Keywords: family law, the right to raise a child, German law, German civil procedure, the European Commission on Human Rights, the European Court of Human Rights.

Adaptation of Students and Teachers in Conditions of Transition to a New Educational Model of Higher Education Using Distance Education Technologies**Tabak Irina A.**Associate Professor of the Department of Civil Procedure of the Saratov State Law Academy
PhD (Law), Associate Professor

This article discusses current issues of transition to a new educational model in the higher education system of the Russian Federation. The author notes some problems of using distance educational technologies in the conditions of adaptation of teachers and students, based on their own experience of teaching legal disciplines. Conclusions are made that it is necessary to form innovative approaches to remote interaction between students and teachers, since the electronic form of education is a completely different model of interaction than the traditional one. Methods of analysis, generalization, dialectics, and systematization are used. Scientific and practical significance: the main results of the article can be useful for further work on identifying promising areas for improving and improving the effectiveness of the entire system of higher education and developing the foundations of legal regulation in this area.

Keywords: e-education, distance learning, interaction, information environment, educational platforms, higher education, legal Sciences, educational activities.