

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ
И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего профессионального образования
«ПЕРМСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ
ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ»

Юридический факультет

Семнадцатый арбитражный апелляционный суд

Арбитражный суд Пермского края

Пермское отделение общероссийской
общественной организации
«Ассоциация юристов России»

Нотариальная палата Пермского края

Группа компаний «Налоги и право»

Инвестиционная компания «Финансовый дом»

ЗАО «ТелекомПлюс»

Некоммерческое партнерство
«Пермский профессиональный клуб юристов»

ТРЕТИЙ ПЕРМСКИЙ КОНГРЕСС УЧЕНЫХ-ЮРИСТОВ

Материалы международной научно-практической конференции
(г. Пермь, Пермский государственный национальный
исследовательский университет, 12 октября 2012 г.)

Пермь 2012

УДК 34:061.3
ББК 67
Т 87

Третий пермский конгресс ученых-юристов: материалы
Т 87 междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, Перм. гос. нац. иссл.
ун-т, 12 октября 2012 г.) / отв. ред. О.А. Кузнецова; Перм. гос.
нац. иссл. ун-т. – Пермь, 2012. – 289 с.

ISBN 978-5-7944-1978-8

В сборнике публикуются тезисы докладов ежегодной международной научно-практической конференции, проведенной юридическим факультетом Пермского государственного национального исследовательского университета. Исследуются актуальные проблемы теории государства и права, конституционного, гражданского, предпринимательского, трудового, уголовного, финансового права и ряда других отраслей.

Издание предназначено для научных и практических работников

УДК 34:061.3
ББК 67

Печатается по решению редакционно-издательского совета
Пермского государственного национального
исследовательского университета

Генеральный информационный партнер – Первый пермский правовой портал
Информационный партнер – газета «Клуб юристов»

Благодарим за участие в организации конференции
ОАО «МЕТАФРАКС», Консалтинговую компанию «Укеу», саморегулируемую организацию
арбитражных управляющих «ПАРИТЕТ»

Редакционная коллегия:

*Г.Я. Борисевич, Л.В. Боровых, В.Г. Голубцов, З.П. Замараева, В.А. Кочев,
О.А. Кузнецова (отв. ред.), Т.Е. Логинова, С.Г. Михайлов, В.П. Реутов, Т.В.*

ISBN 978-5-7944-1978-8

© Пермский государственный национальный
исследовательский университет, 2012

Содержание

I. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА.....	7
<i>Бондарев А.С.</i> Юридическая ответственность – движущая сила ролевых (личностных) правоотношений.....	7
<i>Бывальцева А.В.</i> Онтология иррационального: интерпретация Б.П. Вышеславцевым правопонимания И.Г. Фихте.....	9
<i>Ваньков А.В.</i> К вопросу о механизмах разработки и публикации сводов федеральных законодательных и подзаконных нормативных правовых актов в США.....	11
<i>Воронин М.В.</i> Системность права и правовая система.....	13
<i>Гориунов Д.Н.</i> Частноправовая политика.....	15
<i>Григорьев А.В.</i> Правовые основы создания народной милиции Временного Правительства и советской милиции на территории Беларуси (1917–1918 гг.).....	17
<i>Зипунникова Н.Н.</i> Подготовка юридических кадров в России как вид социальной практики: осмысление опыта.....	18
<i>Круглов Д.Н.</i> Этническая обусловленность традиционных государственных форм.....	20
<i>Мхитарян Л.Ю.</i> Организация опекунских учреждений в дореволюционной России.....	24
<i>Оборотов И.Г.</i> Основные подходы к пониманию категории «каноническое право».....	25
<i>Поляков С.Б.</i> Неопределенность закона.....	26
<i>Реутов В.П.</i> О понятии правовой (юридической) конструкции.....	28
<i>Самылов И.В.</i> Эволюция представлений о коллективных субъектах права в XIX в. под влиянием германской исторической школы.....	30
II. КОНСТИТУЦИОННОЕ, МУНИЦИПАЛЬНОЕ, АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО.....	33
<i>Бобринев Р.В.</i> О необходимости законодательного закрепления налоговой оптимизации.....	33
<i>Григорьева Е.Н.</i> Понятие и место финансового контроля в системе правовых категорий.....	34
<i>Комягина А.С.</i> К вопросу о финансовой составляющей передачи осуществления полномочий между федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации.....	36
<i>Осетров С.С.</i> Парламентское расследование законодательных (представительных) органов субъектов Российской Федерации.....	37
<i>Телегин А.С.</i> Некоторые вопросы применения задержания органами полиции.....	38
<i>Худолей Д.М.</i> К вопросу о понятии избирательного процесса.....	41
<i>Худолей К.М.</i> Конституционно-правовые принципы организации прокуратуры в зарубежных странах СНГ и Балтии.....	43
III. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС.....	45
<i>Блинков О.Е.</i> О судебной практике по делам о наследовании.....	45
<i>Бондаренко Н.Л.</i> Основные начала гражданского законодательства Республики Беларусь: критический анализ статьи 2 Гражданского кодекса.....	46
<i>Булаевский Б.А.</i> Укрепление нравственных начал в гражданском праве.....	48
<i>Булеца С.Б.</i> Возмещение имущественного вреда при осуществлении медицинской деятельности.....	50
<i>Буничева М.Г.</i> Проблема правопреемства при реорганизации юридического лица в форме разделения.....	51
<i>Верещагина Д.В.</i> К вопросу о возможности признания части земельного участка в качестве объекта изъятия.....	53
<i>Воробьева Е.М.</i> Особенности правового регулирования пени в законодательстве государств-участников СНГ.....	55
<i>Гаврилов Е.В.</i> К вопросу о правовой природе принесения извинения по делам о защите чести, достоинства и деловой репутации граждан.....	56
<i>Головин Н.М.</i> Категории необходимости и случайности как органон для случая и непреодолимой силы.....	58
<i>Гришина Я.С.</i> Правовая модель обеспечения социально-имущественных потребностей граждан.....	60
<i>Гунин Е.М.</i> Особенности правового регулирования страхования гражданской ответственности владельцев опасных объектов.....	61
<i>Ельникова Е.В.</i> Об обязанностях поручителя при наследовании: анализ правовых позиций высших судебных инстанций.....	64
<i>Заболотный С.Н.</i> О порядке определения особо ценного имущества автономного образовательного учреждения.....	66
<i>Замотаева Т.Б.</i> Критерии возмещения вреда, причиненного здоровью.....	68
<i>Зернин Н.В., Эйриян Г.Н.</i> Правовые позиции Высшего Арбитражного суда Российской Федерации по вопросу изменения размера арендной платы в договоре аренды земельного участка с участием публичных образований на стороне арендодателя.....	70
<i>Золотухин А.Д.</i> Некоторые проблемы содержания судебного доказывания в гражданском судопроизводстве.....	71
<i>Ибрагимова С.В.</i> Перемена должника в деликтных обязательствах с участием граждан.....	73
<i>Карманова Е.В.</i> Понятие обязательств вследствие причинения вреда правомерными действиями закона.....	74

<i>Карпова Е.Г.</i> Соотношение категории фиктивных гражданских правоотношений и смежных правовых явлений	76
<i>Комиссарова Е.Г.</i> Целевой капитал как объект инвестиционных отношений	77
<i>Коротков Д.Б.</i> Безотзывная доверенность как новый институт российского гражданского права	79
<i>Кузнецова О.А.</i> Структура общей части института гражданско-правовой ответственности	80
<i>Кулаков В.В.</i> Полезная деятельность (работы и услуги) как объекты обязательства	82
<i>Куранов В.Г.</i> Проблемы определения медицинской услуги как института гражданского права в законодательстве об охране здоровья	83
<i>Литвина А.И.</i> Публичное исполнение как юридический факт в авторском праве	85
<i>Маньковский И.А.</i> Законы Республики Беларусь в системе источников гражданского права	87
<i>Матвеев А.Г.</i> Пять доводов в пользу декриминализации плагиата	88
<i>Микроков В.А.</i> О возможности ограничения и обременения гражданских прав по аналогии	90
<i>Мирина Н.В.</i> Обзор некоторых вопросов патентования авторами интеллектуальных продуктов	92
<i>Мирских И.Ю.</i> Проблемы использования интеллектуальной собственности	93
<i>Михайлова Н.С.</i> О праве членов семьи собственника жилого помещения в соответствии с Проектом изменений в ГК РФ	95
<i>Мякишева Е.А.</i> Правовые аспекты цифровой информации	96
<i>Насиров Х.Т.</i> Субсидиарные обязательства: сущность и их правовая природа	97
<i>Невзгодина Е.Л.</i> Агентский договор и представительство по законодательству Российской Федерации	100
<i>Нефедова Ю.Ю.</i> Предмет договора в сфере газоснабжения	102
<i>Носов Д.В.</i> О правопреемстве в семейном правоотношении	104
<i>Пермяков А.В.</i> Безвестное отсутствие гражданина как вид правового состояния	106
<i>Пьянкова А.Ф.</i> Принцип баланса интересов в практике Конституционного суда РФ	108
<i>Реутов С.И.</i> Раздел общего имущества супругов по их взаимному согласию	109
<i>Рудакова Е.В.</i> Обзор изменений гражданского законодательства Российской Федерации по договорам залога и займа	112
<i>Рузанова В.Д.</i> Теоретические основы иерархичности гражданско-правовой законодательной системы	114
<i>Рыженков А.Я.</i> Проблема равенства и иерархии в современном гражданском праве	116
<i>Строгонова Т.П.</i> Правовое положение членов семьи собственника в свете реформирования гражданского законодательства	119
<i>Султонова Т.И.</i> Правовое значение категории случайности в азартных играх	121
<i>Темникова Н.А.</i> Положения о несовершеннолетних и ограничено дееспособных лицах в проекте ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ»	124
<i>Тужилова-Орданская Е.М., Муратова А.Р.</i> Доверенность: проблема электронной формы	126
<i>Тюриков М.С.</i> Возложение субсидиарной ответственности по обязательствам казенного учреждения в случае смены его собственника	128
<i>Филиппова С.Ю.</i> Философские основания и эвристические возможности инструментального подхода в частноправовой науке	130
<i>Халабуденко О.А.</i> К вопросу об определении предметной сферы гражданского права (методологические замечания)	131
<i>Черноусова Н.М.</i> Оценка действительности уступки права требования (цессии) в судебной практике	133
<i>Шершень Т.В.</i> Баланс интересов сторон в решениях Конституционного Суда Российской Федерации	135
IV. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС	137
<i>Акинфиева А.В.</i> Некоторые особенности применения правовых положений о приобретательной давности	137
<i>Акинфиева А.В., Латыпов Д.Н.</i> Некоторые правовые последствия последующего одобрения собственником сделки, в результате совершения которой имущество выбыло из владения собственника помимо его воли (обзор практики арбитражных судов)	138
<i>Аминова Ф.М.</i> Зачатки появления института ценных бумаг на территории современного Таджикистана	140
<i>Афанасьев А.Б.</i> Причитающиеся проценты в теории и практике применения	142
<i>Богданов А.В.</i> Противоправный характер действий (бездействия) управляющей организации акционерного общества как условие гражданско-правовой ответственности	144
<i>Воронцов С.Г.</i> Отдельные проблемы терминологической состоятельности теории правового государства в России	145
<i>Голубцов В.Г.</i> Введение института профессионального судебного представительства как очередной этап судебной реформы: актуальные подходы	147
<i>Голубцов В.Г., Полевищикова С.Н.</i> Упрощенный порядок судопроизводства как инструмент снижения судейской нагрузки	150
<i>Горячкина Д.А.</i> Страхование правоотношение в аспекте управления рисками	152
<i>Громова Е.А.</i> О предмете соглашения об осуществлении технико-внедренческой деятельности	154
<i>Жукова Т.М.</i> Особенности внешнего управления крестьянского (фермерского) хозяйства	156

<i>Загоруйко И.Ю., Фролович Э.М.</i> Современные особенности законодательного регулирования банкротства физических лиц на территории РФ	158
<i>Зарубин А.С.</i> Правовая природа обеспечения заявки на участие в торгах на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд	161
<i>Зинковский М.А., Тычинин С.В.</i> Практические вопросы разглашения секретов производства (ноу-хау)	162
<i>Иншакова О.А.</i> Новые вариации организационно-правового оформления нантехнологичного хозяйствования	166
<i>Исмоилова З.И.</i> К вопросу о правовой природе расчетных документов	169
<i>Казаченок С.Ю.</i> «Арбитражная карта мира» для составителя соглашения об арбитраже	172
<i>Клячин А.А.</i> Право участника общества с ограниченной ответственностью на получение информации о деятельности общества	174
<i>Кондратьева К.С.</i> Меры по финансовому оздоровлению должника, осуществляемые до подачи заявления о признании должника банкротом в арбитражный суд	176
<i>Корлякова Н.В.</i> Комплексный объект как дифференцирующий признак договора коммерческой концессии	178
<i>Микрюкова Г.А.</i> Юридические характеристики договора о создании хозяйственного общества	179
<i>Мингалев Ж.А.</i> Расширение сферы применения патентного права под влиянием инновационной деятельности	181
<i>Муратова А.Р.</i> К вопросу о правовом характере института представительства	184
<i>Огнев В.Н.</i> Субдоговоры на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ	186
<i>Орлова О.Б.</i> Признаки особого производства в арбитражном процессе	187
<i>Поваров Ю.С.</i> К вопросу о значении и содержании устава хозяйственного партнерства	188
<i>Серова О.А.</i> Развитие гражданского и предпринимательского законодательства на основе концепции конвергенции	190
<i>Чикулаев Р.В.</i> Правовое регулирование трансфер-агентской деятельности в сфере оборота ценных бумаг	192
<i>Эстерлейн Ж.В., Фролович Э.М.</i> Законодательный аспект по вопросам оптимизации малого предпринимательства в России в условиях мирового кризиса	194
V. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ	197
<i>Антипьева Н.В.</i> Социальное обеспечение государственных служащих в системе социального обеспечения населения	197
<i>Бойко П.В.</i> Актуальные проблемы реализации работником права на трудовую честь	198
<i>Бондарева Э.С.</i> Минимальная заработная плата в субъекте Российской Федерации как региональный социальный стандарт в сфере труда	200
<i>Бородин А.С.</i> Нормы трудового права о рабочем времени и времени отдыха в свете экономического учения о мере труда	202
<i>Бугров Л.Ю.</i> Заключение трудового договора: к уточнению понятийного аппарата	204
<i>Григорьева М.И.</i> Безработные граждане как социальная группа: правовой статус и социальные характеристики	206
<i>Жолнович О.И.</i> Влияние принципа единства и дифференциации на систематизацию норм трудового права	208
<i>Иваночко О.О.</i> Субъекты права на социальное обслуживание в Украине	209
<i>Кириллова Л.С.</i> К вопросу о способах реализации индивидуальных трудовых прав и обязанностей	211
<i>Кудрин С.М., Кудрин А.С.</i> Некоторые аспекты использования исторического опыта при реформировании трудового права	212
<i>Лавриненко О.В.</i> Система отраслевых принципов трудового права и проблема статусной квалификации феномена единства и дифференциации правового регулирования	214
<i>Нискогуз Н.Б.</i> Содержания правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту	216
<i>Новикова С.И.</i> В высшее образование лиц с ограниченными возможностями здоровья – расширение возможности трудоустройства на открытом рынке труда	218
<i>Папулов А.Г.</i> Прекращение или приостановление договора по обстоятельствам, независимым от воли сторон	219
<i>Самарина О.А.</i> Состояние законодательства о социальном обеспечении субъектов РФ: общий анализ	220
<i>Соболев С.А.</i> Виды трудового договора в России: история и современное развитие	222
<i>Соколова Н.А.</i> Проблемы реализации права на страховое обеспечение в системе обязательного медицинского страхования	224
<i>Суханова М.Г.</i> О ратификации Россией конвенции МОТ №173 «О защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя»	226
<i>Сынчук С.Н.</i> Юридические признаки социальных компенсаций: дискуссионные вопросы	228
<i>Томашевский К.Л.</i> Кризис контрольного механизма за соблюдением международных стандартов труда: постановка проблемы	229

<i>Федорова М.Ю.</i> Правовой механизм социальной солидарности в системе социального обеспечения.....	231
<i>Яшурина Е.В.</i> Возможный работник как основной субъект отношений по трудоустройству.....	233
VI. УГОЛОВНОЕ ПРАВО, ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР И КРИМИНОЛОГИЯ.....	236
<i>Билык Г.М.</i> К вопросу о профилактике наркомании и некоторых изменениях законодательства в сфере незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ.....	236
<i>Буркина О.А.</i> Классификация видов экологических преступлений.....	240
<i>Гринберг М.С.</i> Уголовноправовая значимость психофизиологических возможностей человека.....	241
<i>Иванов Г.Д.</i> Проблемы регулирования труда осужденных в Российской Федерации.....	243
<i>Рожков С.А.</i> Принудительные работы как альтернатива наказанию в виде лишения свободы.....	245
<i>Шумихин В.Г.</i> Соглашение между взяточдателем и взяточполучателем как конструктивный признак взяточничества.....	247
VII. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА.....	249
<i>Афанасьева С.И.</i> Правовая регламентация апелляционного производства по уголовно-процессуальному законодательству Российской Федерации.....	249
<i>Борисевич Г.Я.</i> Порядок судебного разбирательства по уголовным делам в отношении несовершеннолетних в соответствии с принципами ювенальной юстиции.....	251
<i>Добровлянина О.В.</i> Правовое регулирование возбуждения уголовного дела в отношении присяжного заседателя.....	254
<i>Долгинов С.Д.</i> Процессуальные и тактические проблемы применения гипноза в розыскной и следственной практике.....	256
<i>Маркелов С.В.</i> Роль службы Пробации в уголовном процессе.....	258
<i>Моисеенко И.Я.</i> Преступная имитация.....	259
<i>Пастухов П.С.</i> Форензика – компьютерная криминалистика.....	261
<i>Шмыков В.И.</i> Правовая деятельность в правовой регуляции систем «человек» – «общество» (сфера права в психологии жизнедеятельности).....	263
VIII. МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО.....	266
<i>Аристова Е.А.</i> Перспективы унификации норм об ответственности трансграничных корпоративных групп.....	266
<i>Логинова Т.Е.</i> Ипотека земли по законодательству Германии.....	268
<i>Мохова Е.В.</i> Перспективы регулирования трансграничной несостоятельности в Российской Федерации: конфликт иностранного банкротного и отечественного искового производств.....	270
<i>Тагаева С.Н.</i> К проблеме нарушения супружеских отношений в Федеративной Республике Германия и Республике Таджикистан.....	272
<i>Чернядьева Н.А.</i> Некоторые аспекты в сравнительно-правовом анализе дефиниции «терроризм» (на примере государств Великобритания, Франция и Россия).....	274
IX. АНГЛОЯЗЫЧНАЯ СЕКЦИЯ.....	276
<i>Chikulaev R.V.</i> The main novets of the securities legal status in the project of changes in the civil code.....	276
<i>Cross John T.</i> Using Domestic Law to Police Foreign Intellectual Property Infringement.....	278
<i>Losavio Michael.</i> Ubiquitous Digital Records, “Big Data” & Digital Forensics (USA, University of Louisville).....	281
<i>Mirskih I.Ju.</i> Protection of intellectual property at universities.....	282
<i>Polyakova S.V., Gritsenko E.A., Remizova V.G.</i> The Development of an Integrative Legal English Course for International Law Students.....	284
<i>LaForge William N.</i> Judicial Independence: a Durable American Constitutional Concept Worthy of Consideration by Reform-Minded Governments.....	286

І. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

А.С. Бондарев

Пермский государственный педагогический университет, г. Пермь

ЮРИДИЧЕСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ – ДВИЖУЩАЯ СИЛА РОЛЕВЫХ (ЛИЧНОСТНЫХ) ПРАВООТНОШЕНИЙ

1. Суть и значение юридической ответственности в праве нельзя рассматривать абстрактно, беспредметно. Ее нельзя рассматривать в отрыве от научных ответов на такие первостепенные вопросы: Кто конкретно (поименно) юридически отвечает? Перед кем конкретно (поименно) он несет данную юридическую ответственность? За что конкретно он юридически отвечает? И чем конкретно юридически отвечает? Научные ответы на эти вопросы юридическая наука может дать только в сотрудничестве с современной социологической наукой. И только таким образом юридическая наука может четко определиться с понятием «юридическая ответственность», его содержанием и местом в праве.

2. Как свидетельствует современная социологическая наука¹, в силу многочисленности и большого разнообразия субъектов общественной жизни (как по демографическим, так и по профессиональным свойствам) с изменяющимся составом, общество не в состоянии каждому из них персонально устанавливать, что возможно или должно делать в том или ином конкретном случае (установить их конкретные субъективные социальные права и обязанности) для нормальной жизни как их, так и общества в целом. Оно осуществляет это опосредованно через свои элементарные (первичные) ячейки – статусы и роли, которые образуют два типа социальных (в том числе и правовых) отношений: статусных (общественных) – первичных и ролевых (личностных) – вторичных.

3. Социальный статус – это определенная позиция определенного типа субъектов в обществе (группе). Например, социальный статус «работодатель», определяющий правовую позицию класса всех работодателей России, к классу всех работников России. Он находится в общественном правоотношении с социальным статусом «работник», определяющим правовую позицию класса всех работников России к классу всех работодателей России (См., ст. 21 и 22 ТК РФ).

Взаимосвязанные через систему взаимных объективных прав и обязанностей социальные статусы статичны, так как они по своему существу неспособны самостоятельно приобретать и реализовывать свои права и обязанности. Поэтому они наделены только правоспособностью.

4. Статусные, общественные статичные правоотношения данного общества оживают только тогда, когда роли в их статусах станут занимать конкретные (персонифицированные) субъекты права, способные по своим качествам использовать права и нести обязанности, установленные обществом (законодателем) для этих своих статусов в безличной форме.

Социальная роль, таким образом, есть модель поведения конкретного персонифицированного субъекта, ориентированная на свой типовой статус. Например, как только в безымянный статус «работник» вступит Яковлев, желающий исполнять какую-либо роль в нем (скажем, бухгалтера в фирме), а в соотносящемся с ним статусе «работодатель» роль займет Петров, создавший свою фирму и пожелавший принять в неё бухгалтером Яковлева, так сразу их статусы оживут. Общие (безымянные) права и обязанности их статусов станут образцом, моделью субъективных прав и обязанностей работника Яковлева и работодателя Петрова, которые через них будут не только взаимосвязаны, но и взаимодействовать друг с другом, образуя содержание конкретного (ролевого, личностного) трудового правоотношения: фирма Петрова – бухгалтер Яковлев. Вместе с этим появляется как вид так и мера их юридической ответственности друг перед другом в образе их взаимных субъективных обязанностей.

При этом стоит заметить, что сами безымянные ячейки общества – статусы «работник» и «работодатель», наделив взаимными ролевыми правами и обязанностями Яковлева и Петрова, своей регулятивной роли не утрачивают до тех пор пока обществу будут необходимы работодатели и работники. Они будут наделять их всех однотипными субъективными юридическими правами и обязанностями.

5. Юридическая ответственность правообязанного субъекта ролевого, личностного правового отношения перед правомочным субъектом (а следовательно, через него и перед обществом, и государством, которые нормировали данный тип социальных отношений) имеет сложную структуру. Она

представляет собой единство (сплав) трех компонентов: 1) знание субъектом права своей субъективной обязанности, занимаемой им статусной роли; 2) позитивную правовую убежденность в ней; 3) ее волевое воплощение в своем правомерном поведении. Каждый из указанных элементов имеет свое сложное содержание и выполняет особую интеграционную роль в юридической ответственности субъекта права. Рассмотрим их несколько подробнее.

1) *Знание субъектом права своей субъективной обязанности занимаемой им статусной роли – первый элемент его юридической ответственности.* Его правовые знания должны совпадать с теми правовыми требованиями общества к поведению обязанного лица, которые оно с помощью государства нормативно «заложило» в роли данного социального статуса. Качество знаний субъектом права своих субъективных юридических обязанностей во многом зависит от качества его познавательной деятельности. Качественная же познавательная деятельность субъекта права характеризуется как минимум тремя основными свойствами: осознанностью, направленностью и умением самостоятельно пополнять и углублять свои правовые знания

2) *Правовая убежденность в своей познанной субъективной обязанности - второй элемент содержания юридической ответственности субъекта права.* В этой части содержания юридической ответственности у субъекта права происходит внутренняя психологическая «обработка» полученных правовых знаний о содержании своей конкретной ролевой субъективной обязанности. В общей части своей правовой культуры субъект права вырабатывает положительную правовую убежденность в ценности объективного права в целом, а в единичном факте конкретного, ролевого, личностного правового отношения он должен выработать такую положительную убежденность в полученных знаниях своей конкретной ролевой субъективной обязанности. Как и к праву в целом, так и в отношении конкретной субъективной обязанности правообязанному субъекту «готовых убеждений нельзя ни выпросить у добрых знакомых, ни купить в книжной лавке. Их надо выработать процессом собственного мышления, которое непременно должно совершиться самостоятельно в вашей собственной голове»².

Положительная правовая убежденность правообязанного субъекта начинается с осознания необходимости и ценности познанной им конкретной субъективной обязанности не только для себя, но и для управомоченного субъекта сопряженной социальной роли. Глубина осознания конкретной субъективной обязанности во многом определяет и глубину всей убежденности правообязанного субъекта в ней, но не исчерпывает ее. Даже глубоко осознанное субъектом права знание своей конкретной субъективной обязанности еще не гарантирует ее реализацию. Эта конкретная субъективная обязанность должна вызвать у правообязанного субъекта свою положительную эмоционально-чувственную оценку, так как человеческие знания непосредственно не возбуждают его волевою деятельность. Между правовыми знаниями и волевой сферой правовой убежденности находится эмоционально-чувственная сфера, которая обеспечивает их взаимодействие. «Эмоция – это нечто, что переживается как чувство (feeling), которое мотивирует, организует и направляет восприятие, мышление и действие человека»³.

Если положительные правовые эмоции правообязанного субъекта возникли в ответ на мысленный образ осознанной им своей конкретной субъективной юридической обязанности, то, следовательно, в его психике сформировалась неразрывная связь между этим образом и чувством необходимости неперенной ее реализации. Эта взаимосвязь мысленного образа конкретной субъективной юридической обязанности и чувственное желание реализовать ее на практике возбуждает волевою сферу правообязанного субъекта. Волевой (третий) элемент придает завершенность, целостность правовой убежденности правообязанного субъекта в ценности и необходимости реализовать данную конкретную свою субъективную юридическую обязанность. Воля, как завершающий элемент правовой убежденности в рассматриваемом случае, есть твердое решение субъекта права реализовать на практике осмысленную и позитивную чувственно воспринятую конкретную субъективную обязанность.

Только та правовая убежденность субъекта права станет обладать устойчивостью и действенностью, в которой все три ее компонента – и рациональный, и эмоционально-чувственный, и волевой – будут в полной мере развиты, устойчивы, а также находиться в постоянной взаимной согласованности и взаимодействии.

3) *Исполнение (соблюдение) правообязанным субъектом своей конкретной ролевой субъективной юридической обязанности в правомерном поведении - третий завершающий элемент содержания его юридической ответственности перед управомоченным субъектом ролевого, личностного правоотношения.* Этот третий элемент, базируясь на двух предыдущих элементах (истинном знании

своей субъективной обязанности и глубокой правовой убежденности в ней), делает ее доступной для внешнего наблюдения.

Не исполнение или не соблюдение субъектом ролевого правоотношения своей субъективной обязанности перед правомочным лицом есть его юридическая безответственность – основа юридического наказания.

Итак, проведенный выше анализ позволяет считать: Юридическая ответственность – это есть сознательное и волевое исполнение (соблюдение) субъектом права своей субъективной обязанности перед правомочным субъектом в личностном (ролевом) правоотношении.

Юридическая ответственность есть большая правовая ценность. Чем выше уровень юридической ответственности субъектов права в стране тем крепче в ней правопорядок. Не будучи природным явлением, она требует большой правовоспитательной работы, развития правовой культуры субъектов права.

Антиподом юридической ответственности является юридическая безответственность (неисполнение, несоблюдение субъектами права своих субъективных обязанностей в личностных, правоотношениях), разрушающая правопорядок и влекущая юридическое наказание.

Представляется, что данное понимание юридической ответственности дает четкие ответы на поставленные выше вопросы: Кто? Перед кем? За что? И чем? юридически отвечает – несет юридическую ответственность.

1. Кто является субъектом юридической ответственности?

Им является субъект ролевых, личностных правоотношений (как регулятивных, так и охранительных), наделенный юридическими субъективными обязанностями.

2. Перед кем он несет юридическую ответственность?

Он несет ее перед управомочным субъектом в ролевом, личностном правоотношении.

3. За что субъект субъективной обязанности несет свою юридическую ответственность?

За обеспечение реализации правомочий субъективного права управомочного субъекта в своем личностном, ролевом правоотношении.

4. В чем конкретно состоит юридическая ответственность субъектов права?

В сознательном, волевом совершении деяний, предусмотренных их субъективной обязанностью в пользу управомоченного лица – правомерных действий в его пользу (в относительном ролевом правоотношении) либо в не препятствии управомоченному пользоваться благами, предусмотренными для него правомочиями его субъективного права (в абсолютном личностном, ролевом правоотношении).

¹ См.: Кравченко А.И. Социология. Общий курс. М., 2000; Социология / под ред. чл.-корр. АН СССР Р.Г. Яновского. М., 1990; Волков Ю.Г., Дотреньков В.И., Нечепуренко В.Н., Попов А.В. Социология. 3-е изд. М., 2006.

² Писарев Д.И. Соч. Т. 4. М., 1956. С. 197.

³ Изард К. Э.М. Психология эмоций. М., 2003. С. 27.

А.В. Бывальцева

Пермский государственный педагогический университет, г. Пермь

**ОНТОЛОГИЯ ИРРАЦИОНАЛЬНОГО: ИНТЕРПРЕТАЦИЯ Б.П. ВЫШЕСЛАВЦЕВЫМ
ПРАВООПОНИМАНИЯ И.Г. ФИХТЕ**

Развитие теоретико-правовой науки на современном этапе инспирировано пересмотром основных парадигмальных представлений о сущности и основных феноменах права. Актуализированный концептуальный и методологический ренессанс предполагает диверсификацию и реинтерпретацию основных политических и правовых парадигм и концепций для генерирования новых смыслов и их интеграцию в единый предметно-методологический корпус для проявления сущности фундаментальных понятий. Особую эвристическую ценность в этой связи имеет восстановление традиций отечественной правовой мысли, реконструкция ранее не исследованных, преданных забвению, но представляющих значительный интерес концепций ярких и талантливых ее представителей. Одним из таких мыслителей является Борис Петрович Вышеславцев (1877–1954), концепция которого представляет собой уникальный концептуальный и методологический синтез и содержит рассмотрение фундаментальной проблематики философии и теории государства и права: онтологии права, власти и государства, проблемы правогенеза, правовой гносеологии, правовой аксиологии, и правовой антро-

пологии. Каждый из этих разделов в силу его комплексности и объемности является самостоятельным предметом исследования. Осмысление правопонимания в концептуальном плане для самого Б. П. Вышеславцева началось с реинтерпретации философско-правового учения представителя немецкой классической философии И. Г. Фихте в работах «Обоснование социализма у Фихте» (1908) и магистерской диссертации, изданной как отдельное монографическое исследование, «Этика Фихте. Основы права и нравственности в системе трансцендентальной философии» (1914). Интерпретация идей Фихте, которую дает Вышеславцев в своей монографии, вполне обоснованно оценивается признанными исследователями идей Фихте как «пожалуй, и по сей день лучшее в России исследование философии Фихте, причем как с точки зрения обстоятельности и корректности анализа, так и с точки зрения взвешенности и обоснованности оценок» (В.Ф. Пустарнаков) и как «работа о Фихте, до сих пор остающаяся лучшей в отечественной литературе» (П.П. Гайденко).

В «Обосновании социализма у Фихте» (1908) Вышеславцев обращает внимание на этический характер всей системы Фихте, говорит о ее уникальности и недооцененности; о нетипичном социологическом толковании права и государства и аналитике различия права и нравственности; об игнорируемом значении иррационального; о мотивирующих, а не карающих, о трансформирующих, а не подавляющих функциях действий власти; о способах диалектического разрешения антиномий через признание их взаимовосполняющих и взаимодополняющих функций; об иерархическом взаимодействии структур бытия человека.

Интерес к Фихте Вышеславцев обосновывает констатацией того обстоятельства, что для решения тех проблем, которые стоят перед современной ему философией (в том числе и нравственной), обращение к немецкой классической философии является безусловно необходимым, так как в «немецком идеализме живут проблемы античной и христианской этики», и именно Фихте «даёт первую систему культурных ценностей, дедуцированную из идеи долга». Вышеславцев отмечает и другие черты, делающие его идеи созвучными русской философии: постоянное «стремление к Абсолютному», онтологизм и иррациональность. Вышеславцев констатирует, что самое распространенное мнение о Фихте в русской философской среде – мнение о нем как о субъективном идеалисте, выводящем весь мир «из я, Ich-Philosoph» и ставит своей целью дать более глубокий анализ его системы. Метод Фихте – трансцендентальный метод, который Фихте наследует у Канта и который предполагает преодоление заложенного изначально «противоположения a posteriori и a priori». Среди основного понятийного ряда Фихте Вышеславцев выстраивает оппозиции, трансформировавшиеся по мере эволюции мысли Фихте: в произведениях первого периода это «опыт и вне-опытное, факт и основание, данное и созидание»; во втором периоде это «бытие» и «свобода»; в последних произведениях это «противоположение созерцания и мышления». Мышление «движется «к определенности», исходя из «абсолютной неопределенности, которая есть чистая объективность без всякого содержания». Фихте называет это «неопределенное», определяющееся в мышлении, «абсолютным quale». Задача трансцендентальной философии – «только раскрыть формы, в которых является это quale»; все они «суть формы генезиса, становления». Последние терминологические метаморфозы того же противопоставления Фихте продемонстрировал в «Трансцендентальной логике» 1812 г., и в «Лекции о фактах сознания» 1813 г. Речь идет о противопоставлении «факта» («созерцаемого факта») и его «понимания». Задача философии здесь – понимание необходимости фактического бытия («как проистекающего из закона»). Эта терминологическая метаморфоза, по мнению Вышеславцева, помогает нам понять, что истинное направление мысли Фихте - онтологическое: фактическое бытие «не создается, не продуцируется «свободой», не «измышляется», а лишь понимается». В «Лекциях о фактах сознания» противоположность факта и принципа углубляется и разрешается в «противоположность действительного и сверхдействительного бытия». Бытие дано, говорит Вышеславцев, как скрытое, таинственное, иррациональное; оно «дано, как проблема». Иррациональное, «данное в созерцании» оказывается неразрывно связанным с рациональными определениями мышления. Иррациональность - свойство всего бытия и каждой его ступени, каждого факта. Наука (знание) конструирует факт из его элементов, проецирует его исходя из принципа. Происхождение «первой конструкции» непонятно, потому что она «предшествует всякому пониманию». Поэтому знание предполагает «первоначальную, реальную» иррациональную проекцию – «projection per hiatus irrationalem», как ее называет Фихте. Наукоучение 1804 г. в термине «soll» («раз») расставляет все по местам: в факте содержится «hiatus irrationalis» и «soll» требует рационализации, «генетического понимания»; «Soll» содержит в себе противопоставление иррационального и рационального, и «ставит задачу рационализации». Это основное противопоставление, заложенное в трансцендентальном методе, раскрывается на всех «трех ступенях сознания: на вненаучном, на научном и на трансцендентально-философском». Различие их, по Фихте-Вышеславцеву, состоит в том, что научное знание отличается от вненаучного степенью

опосредованности: венаучное знание более непосредственно, интуитивно, «ближе к простому переживанию», «нагляднее, но зато неопределеннее, ибо ближе к беспредельному»; научное знание – дискурсивнее, дальше от переживания, абстрактнее, определеннее, ближе к пределу, к первопринципам. Но это не просто степени, это различные ступени, ибо переход хотя и непрерывен, но ведет к качественно-другому». Что касается трансцендентальной философии, то она представляет новую ступень, «поднимающуюся и над научным и над ненаучным»; более того – «она хочет быть последней ступенью, с которой обзревается «весь опыт».

Именно на этом методологическом фундаменте Фихте, в интерпретации Вышеславцева, выстраивает затем государственно-правовую архитектуру. Учитывая имплицитную иррациональную природу мироздания, единственным (на первый взгляд) способом ее просвета является договор. Последний, резюмирует Вышеславцев, выражает для Фихте глубочайшую сущность права, именно договор осуществляет синтез «спорящих волей, мирное разрешение спора, скрытого во всяком праве». Контракт представляет собой связь и единство противоположностей, или систему, а эта система «и есть право (Rechtssystem), и она составляет первое условие, первую ступень в осуществлении «системы интеллигенцией». Фихте отмечает, что посредством договора, посредством изъявления своей воли индивид вступает в правовую систему. Сущность правоотношений, состоящая во взаимной обусловленности прав и обязанностей, во взаимной телеологической обусловленности действий, ярче всего выступает именно в договоре.

В первом приближении Фихте выглядит как представитель теории общественного договора, «красота и сила» которой состоит в том, что идея договора вскрывает рациональную природу права. Договор предполагает диалог, «диалектическую трудность, разрешенную обоюдными усилиями разумных существ», предполагает «разумное слово (логос), обращенное к каждому и выражающее норму, как найденное решение». Более того, «форма договора, контракта – есть форма правды и справедливости: о правде можно договориться, справедливость соединяет (contrahit), а не разъединяет. Предостерегая от буквального толкования этой идеи, Вышеславцев отмечает, что указанием на фактические обстоятельства образования государств, большинство из которых образовано не договорным путем, данную теорию не стоит опровергать, так как речь идет об идее, лежащей в основе права и присутствующей во всяком праве. Опровергать эту теорию следует, по мнению Вышеславцева, указанием на иррациональные элементы в праве и государстве. Договор – первейшее средство, необходимое для борьбы с «хаосом и беспорядком», но эта борьба существует, скрыто или явно, в социальной жизни всегда.

К Фихте данный упрек неприменим, как показывает Вышеславцев, так как его философия права «достаточно широка, чтобы вместить иррациональное», что и делает его уникальным философом, открывающим новую грань правовой гносеологии.

А.В. Ваньков

Администрация губернатора Пермского края, г. Пермь

К ВОПРОСУ О МЕХАНИЗМАХ РАЗРАБОТКИ И ПУБЛИКАЦИИ СВОДОВ ФЕДЕРАЛЬНЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ И ПОДЗАКОННЫХ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ В США

1. Для того чтобы исследовать юридическую природу сводов федеральных законодательных, правительственных и ведомственных нормативных правовых актов США, необходимо обратиться к вопросу о способах формирования указанных источников права. Процедура принятия актов Конгресса США, актов президентской администрации и федеральных ведомств, ввиду ее сложности, представляет собой отдельную тему для изучения. Поэтому в данной публикации будут рассмотрены вопросы создания United States Statutes at Large («Свод законов США»), United States Code («Кодекс законов США») и Code of Federal Regulations («Кодекс федеральных нормативных актов»)¹.

2. Как отмечается в справочнике Палаты представителей конгресса США «Как создаются Американские законы», «Свод законов США» (далее – Свод) включает «все принятые Конгрессом законы и параллельные резолюции², а также планы реорганизации и декларации, публикуемые в период проведения каждой сессии Конгресса». Свод издается ежегодно Службой (управлением) по делам федерального реестра национального управления архивов и документации (the Office of the Federal Register of the U.S. National Archives and Records Administration) и представляет собой хронологическую систему законов, представленных точно в таком порядке, в каком они были приняты. При со-

ставлении свода не учитывается тематика или актуальный статус какого-либо ранее принятого закона, в который были внесены поправки.

3. Для поиска правовой информации Свод неудобен из-за порядка своей организации. Именно поэтому законодательные акты объединяются, «кодифицируются» в United States Code (далее – U.S.C.). U.S.C. разделен на ряд широких по тематике титулов и является в большей своей части «презумпцией доказательства» (*prima facie evidence*) законов, включенных в него. «Презумпция доказательства» законов означает, что в суде ссылка на U.S.C. по умолчанию принимается, если не будет представлено опровержение наличия правовой нормы в том виде, в каком она зафиксирована в U.S.C., например, путем ссылок на Свод. Другими словами, такое доказательство наличия нормы закона является опровержимым. Как указывает М. Уиснер, об этом свидетельствует ряд прецедентов, например *Royer's, Inc. v. United States* (Апелляционный суд Соединенных Штатов по девятому округу, 1959 г.)³. При этом причиной, по которой U.S.C. является лишь *prima facie evidence* для законов, включенных в него, названо наличие слишком большого количества ошибок, которые неизбежно возникают при работе с таким масштабным проектом⁴. «Кодификация» в данном случае означает, прежде всего, редакторскую переработку законодательных актов по частям, в ходе которой отмененные и устаревшие положения удаляются из текста, а поправки вставляются в текст⁵.

Для того чтобы U.S.C. перестал быть лишь «презумпцией доказательства» законов, Конгресс США ведет постоянную работу, направленную на принятие законодательных актов в виде разделов U.S.C. Разделы, принятые в качестве действующего или «позитивного» права (*positive law titles*)⁶, являются достаточным доказательством наличия содержащихся в них правовых норм и принимаются в качестве такового всеми судами США. Однако процесс пересмотра законов, результатом которого будет U.S.C. полностью состоящий из действующего права, будет продолжаться еще очень долгое время.

В литературе названы сложности, которые возникают у редакторов и юристов при работе с U.S.C. Так, в U.S.C. не подлежат включению законодательные акты временного действия или акты, не имеющие общего действия (касающиеся каких-либо индивидов, объектов государственной собственности)⁷. Кроме того, отмечается, что государственные органы США позиционируют U.S.C. как исчерпывающий и официально-властный источник федерального законодательства, не информируя читателя о том, что многие разделы являются лишь «презумпцией доказательства» законов⁸.

Решения о включении в U.S.C. или исключении из него блоков правовых норм отнесены к компетенции Службы советника по пересмотру законодательства Палаты представителей Конгресса США (the House of Representatives's Office of Law Revision Counsel). Публикацией кодекса занимается специальная служба – Правительственное печатное управление США (the Government Printing Office). Новые издания U.S.C. публикуются один раз в 6 лет. Безусловно, законы в США независимо от включения в свод и кодекс первоначально публикуются почти сразу после принятия в виде так называемых законов-листочков (*slip laws*), которые также являются достаточным доказательством наличия содержащихся в них правовых норм.

4. Еще одним сводом нормативных правовых актов на федеральном уровне в США является Code of Federal Regulations (далее – CFR). CFR представляет собой сброшюрованный многотомный ежегодно публикуемый сборник всех подзаконных нормативных правовых актов центральных ведомств США, которые можно назвать административными правовыми актами⁹, так как они посвящены управленческим вопросам¹⁰.

Включению в CFR подлежат акты, имеющие общее применение и постоянное действие. Структура CFR несколько схожа со структурой U.S.C. Как и в «Кодексе законов США» административные правовые акты в CFR размещаются по сферам управления¹¹. CFR состоит из титулов, которые делятся на главы. Главы, как правило, носят название соответствующего федерального ведомства и состоят из более мелких частей по областям регулирования¹².

Изданием и публикацией CFR также занимаются Управление по делам федерального реестра, национальных архивов и делопроизводства и Правительственное печатное управление США.

Доступ к U.S.C. и CFR организован в электронном виде через несколько интернет-сайтов как официальных¹³, так и неофициальных.

¹ Перевод наименований приведен по 20-му изданию справочника Палаты представителей Конгресса США «Как создаются Американские законы» (1989 г. издания), исправленному и дополненному советником по пересмотру законодательства Э.Ф. Уиллетом мл., эскв. и распространенному Посольством США. С. 83–85.

² О значении термина «параллельные резолюции» см. там же. С. 15.

³ Whisner, Mary. The United States Code: Prima Facie Evidence and Positive Law // Law Library Journal, 2009. V. 101. P. 548.

⁴ Ibid. P. 549.

⁵ Tress, Will. Lost Laws: What We Can't Find in the United States Code // Golden Gate University Law Review, 2010. М. 40. P. 132.

⁶ Ibid. P. 137.

⁷ Ibid. P. 139.

⁸ Ibid. P. 156, 159.

⁹ Пулянов В.З. Государственная регистрация и публикация правительственных и ведомственных нормативных актов в США. М.: Министерство юстиции СССР. ВНИИ советского законодательства, 1977. С. 2.

¹⁰ Code of Federal Regulations [The U.S. National Archives and Records Administration]. URL: <http://www.archives.gov/federal-register/cfr/> (дата обращения: 29.06.2012).

¹¹ Пулянов В.З. Государственная регистрация и публикация правительственных и ведомственных нормативных актов в США. М.: Министерство юстиции СССР. ВНИИ советского законодательства, 1977. С. 14.

¹² About Code of Federal Regulations [GPO's Federal Digital System]. URL: http://www.gpo.gov/help/index.html#about_code_of_federal_regulations.htm (дата обращения: 29.06.2012).

¹³ См., например: Code of Federal Regulations (Annual Edition) [United States Government Printing Office]. URL: <http://www.gpo.gov/fdsys/browse/collectionCfr.action?collectionCode=CFR> (дата обращения: 29.06.2012); Electronic Code of Federal Regulations (e-CFR) [Электронный ресурс]. URL: <http://ecfr.gpoaccess.gov> (дата обращения: 29.06.2012).

М.В. Воронин

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань

СИСТЕМНОСТЬ ПРАВА И ПРАВОВАЯ СИСТЕМА

В процессе исследования правовой действительности с опорой на системный подход к пониманию права достаточно часто встает вопрос о соотношении системы права и правовой системы общества. Не вызывает споров то, что это вторичные (регулятивные) социальные системы разных уровней. Они отличаются элементным составом, качественным содержанием, интегративными свойствами. На наш взгляд, вполне уместно говорить о специфике оснований и проявлений системности права и правосистемности.

С нашей точки зрения, системность права – категория имманентная системе права, наделенная общими свойствами для правосистемности. Как «ядро» правовой системы система права вносит организующее начало в правовую систему общества, при этом она и аккумулирует опосредованные власте-отношениями результаты юридической практики. Системность права – категория универсальная, пронизывающая все сферы правового бытия. Системность права, на наш взгляд, можно понимать и как свойство права, как принцип правового регулирования, как признак системы права и правовой системы, как принцип деятельности, отраженный в праве.

Система права выступает особым правосистемным образованием в правовой системе. Поэтому важно понимать, что правовая система является внешней средой для системы права и во многом задает ее развитие и функционирование. Системность права и правосистемность – характеристики разных уровней интеграции правовой действительности, но тесно взаимосвязанные между собой. Можно предположить обратное, но тогда встает ряд вопросов относительно разграничения интеграции всех правовых явлений и интеграции только правовых норм. Правосистемность интегрирует правовую культуру, юридическую практику, правовое сознание и другие элементы правовой системы. При этом не стоит забывать о тесном взаимодействии политики и права, которое происходит, прежде всего, на правосистемном уровне интеграции правовых явлений. Главным образом это связано с правотворчеством, как выражением государственно-властной воли в процессе осуществления правовой политики¹.

Структурный и содержательный компоненты системы права напрямую зависят от процессов, происходящих в обществе. Социальные процессы, нуждающиеся в государственном регулировании, при определенных условиях становятся частью системы права. Здесь необходимо рассмотреть модели правового опосредования общественных отношений. Так Л.Б. Тиунова считает, что «общество порождает право, право требует своей охраны на определенном этапе развития общества со стороны государства. Упрощенно традиционная схема выглядит следующим образом: экономическая система – политическая система – правовая система. На самом деле между экономикой и правом нет промежуточного звена»². Не вдаваясь в подробности механизма правового опосредования социальных явле-

ний, отметим, что системность права обусловлена общесоциальными, политическими и специально юридическими факторами. При этом право непосредственно воздействует на общественные отношения, а существование некоторых видов (групп) таких отношений вообще невозможно представить без права. Поэтому и важно отграничивать процесс системообразования права, носящий субъективно-объективный характер, и процесс «работы» правосистемного механизма.

Системное представление о праве невозможно в отрыве от содержательного компонента, поэтому в юридической науке предпринимаются попытки выработки системно-содержательного правовопонимания³. Здесь очень остро стоит вопрос о системности права и правосистемности. Уяснение природы описываемых связей важно для создания эффективного правового регулирования, так как необходимо понимать, в каком элементе правовой действительности возникают проблемы, какими методами необходимо их решать. Например, структурные связи и содержательные характеристики системы права могут быть выстроены достаточно эффективно на первый взгляд, но эмпирически верифицируемые индикаторы эффективности правовых норм (показатели преступности, число обращений в ЕСПЧ и проч.) показывают обратное ввиду, к примеру, низкого уровня правовой культуры или несоответствия нормы права сложившейся системе отношений. Другое дело, когда вопрос касается коллизий, пробелов и бессистемности в системе права, - это негативно отражается на правосистемных образованиях. Приведенные примеры системно-правовых проблем требуют разных методов решения, определенной модернизации правовой действительности. Наиболее сложным является процесс изменения правосистемных характеристик, ибо они более тесно сплетены с волевым и сознательными компонентами личности, которая является непосредственным участником юридической практики.

При исследовании нашей проблемы стоит обратить внимание на достаточно интересную модель структуры права, предложенную А.К. Черненко, который включил в нее следующие составляющие:

- «требование, согласно которому система права есть не только совокупность правовых норм, официально установленных компетентными органами государственной власти и управления, но прежде всего то, что вытекает из объективных реалий. Таким образом, правом является то, что установлено в строгом соответствии с объективными жизненными процессами и естественно-правовыми ценностями;
- правовые законы и другие правовые нормы, официальные акты установленные государством, реальное выполнение требований которых обеспечивается возможностью государственного принуждения;
- система правовых принципов и установок;
- правовая политика, представляющая собой интегральный стержень всей системы правотворчества и правоприменения;
- механизм реализации права, практическое регулирование социальных отношений»⁴.

Осознавая, что спор может уходить в концепции правовопонимания, а это не является нашей задачей, мы ограничимся некоторыми выводами, сделанными в результате сравнения нашей позиции к пониманию проблемы и позиции автора представленной модели.

На наш взгляд, пункт 1, вероятнее всего, нужно отнести к основаниям системности права, ибо жизненные реалии влияют на качества права и не находятся в его «пространстве». Безусловно, что в законодательстве находит выражение и структура права, но структура права и структура законодательства категории разные. Поэтому к включению п. 2 в указанной интерпретации модели структуры права необходимо подходить с особой осторожностью. Так как п. 1 и п. 2 могут исключать друг друга при определенных условиях, что может привести к дисбалансу системы, утрате прежних структурных связей в ней. К сожалению, нарушаться могут и правовые законы, даже при учете возможности государственного принуждения⁵. Но это не должно приводить к изменению системы права, ее внутренних характеристик.

Включение в исследуемую нами модель таких элементов, как правовые принципы и установки, - вполне оправданно, ибо они не просто «цементируют» систему права, являются основными направляющими векторами для юридической практики, а но и входят в систему права в виде именно структурных компонентов.

Правовая политика - важнейшая составляющая в цепи построения системы права и правовой системы общества в конкретно взятом историческом срезе. Ее влияние на структуру права очень велико. Применительно к структуре права, на наш взгляд, уместно говорить о проявлении в ней (в структуре права) правовой политики. Ибо структура права более статична, чем правовая политика и функции права и государства. Правовая политика и функции права развиваются гораздо быстрее, чем

системные компоненты права. Отнесение правовой политики к структуре права, на наш взгляд, очень расширяет ее границы, что представляется не совсем верным. Правовая политика выходит за рамки системы права, охватывает всю правовую действительность. Она является основанием правосистемности вообще и системности права в частности. Вполне понятно, что механизм реализации права неотделим от правореализационной практики, также связанной с совокупностью всех правовых явлений, т.е. относить его нужно к структурным компонентам всей правовой системы.

Идеи сочетания системного и содержательного компонентов в понимании права вполне рациональны. Но необходимо подходить к ним с осторожностью, так как есть риск выйти за границы элементов системы права. Думается, что глубокое рассмотрение оснований и проявлений системности права позволит более четко очертить вопросы компонентного состава элементов разных уровней правовой материи, что имеет весомое практическое значение.

¹ См.: Взаимодействие политики и права / науч. ред. и сост. Ю.С. Решетов. Казань: Казан. гос. ун-т, 2009. С. 90.

² Тиунова Л.Б. Системные связи правовой действительности: Методология и теория / Л.Б. Тиунова. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 1991. С. 114.

³ См. например: Черненко А.К. Теоретико-методологические аспекты формирования правовой системы общества: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01 / А.К. Черненко; Рос. акад. Правосудия. М., 2006. С. 212-225.

⁴ Черненко А.К. Теоретико-методологические аспекты формирования правовой системы общества: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01 / А.К. Черненко; Рос. акад. Правосудия. М., 2006. С. 214.

⁵ См.: Взаимодействие политики и права. С. 9.

Д.Н. Горшунов

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань

ЧАСТНОПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА

Частноправовая сфера и, соответственно, её нормативное правовое регулирование представляют собой весьма подвижные системы, которые вполне поддаются реформированию. В связи с выделением частноправовой сферы возникает необходимость её анализа и с позиций осуществляемой государством частноправовой политики.

Формирование правовой политики в ходе проведения правовых реформ системы частного права должно осуществляться в двух направлениях: модернизация материального содержания правовых норм и создание эффективного процессуального механизма по осуществлению правовых предписаний. Очевидно, что это двуединство магистральных направлений правовой политики обеспечивает нормальное функционирование механизма правового регулирования лишь во взаимной связке. Без материально-правового содержания будут неосуществимы возможности и долженствования субъекта и процессуальные каналы их реализации останутся незаполненными; без формы реализации возможностей и долженствований они будут лишь пустым звуком, чем то вроде декларации, «обещания», данного государством.

Безусловно, как в системе материального, так и процессуального права, обеспечивающих нормативное выражение частных интересов, содержится значительное количество публично-правовых норм, что является подтверждением еще одной тенденции правовой политики - интеграции и взаимопроникновения частных и публичных элементов¹. Следует констатировать, что на современном этапе развития российской государственности в качестве параллельных процессов проходят, с одной стороны, внедрение частноправовых элементов в сферу действия публичного права («приватизация» земельного законодательства путём усиления договорных, фактически – гражданско-правовых отношений, дела частного и частного-публичного обвинения в уголовном процессе²), а с другой, – в ещё большей степени, – публично-правовых элементов в систему частного права («публицизация» частного права, особенно семейного и трудового права³). Следует признать, что на каждом конкретном историческом этапе развития общества частноправовое регулирование общественных отношений, входящих в предмет гражданского права, в той или иной мере должно корректироваться публично-правовыми элементами. При этом граница необходимого и допустимого публично-правового вмешательства объективно предопределена конкретно-историческими условиями существования общества⁴.

Особо следует обозначить значимость для правовой политики в сфере частного права Гражданского кодекса Российской Федерации, представленного, по меткому выражению С.В. Полениной, в качестве хартии частного права⁵. Он содержит нормы межотраслевого значения, закрепляющие основные начала и систему частного права, круг регулируемых им отношений, правовой статус субъектов частного права, основания возникновения прав и обязанностей, фиксируют общие положения о договоре и других частноправовых институтах.

Необходимо отметить и «концептуальную» функцию правовой политики. Она представляет собой ориентир, направление движения и своеобразный стержень, обеспечивающий структурное единство системы права в целом. Правовая политика должна содержать принципиальные положения, основные идеи и служить своеобразной идеологией при создании, реализации и мониторинге (а в необходимых случаях – и контроле) за осуществлением правовых норм. В целом ряде случаев желаемый эффект может быть получен при разработке программ, концепций правовой политики в отдельных сферах, охватывающих не только юридические средства, но касающихся и организационных, и материальных и, возможно, людских ресурсов, требуемых для решения государственных задач. Данные программы не только не подменяют собой нормативные положения, но и позволяют скоординировать различную деятельность для достижения общих целей, связать воедино экономическую, социальную и правовую системы.

Представляется, что общими целями правовой политики в сфере частного права являются устойчивое развитие частного права, обеспечение разумного сочетания и баланса частных и публичных интересов в обществе, поддержание частной инициативы во благо экономического, правового, политического и духовного развития общества в целом. Политико-правовые средства, направленные на подавление частных интересов, подчинение их интересам публичным, равно как и подмена понятия «интересы общества» понятием «интересы большинства», спекуляция понятием «интерес государства» порождают угнетение, социальную и духовную деградацию общества, неоправданную смену ценностей, которая может в конечном итоге привести к неуверенности личности в осуществлении и защите своих прав и недоверии к государству.

В условия правового реформирования и создания основ правовой политики в сфере частного права необходимо учитывать и научные достижения. В этой связи следует констатировать, что далеко не всегда, особенно на уровне регионального и муниципального правотворчества, существует обращение к ученым-юристам, чьей задачей видится научное консультирование в создании правовых актов. Это ведет к потере состояния системности нормативного массива, технико-юридическим ошибкам.

Особо следует подчеркнуть, что при создании основ, формировании концепции и принципов, в соответствии с которыми будет развиваться вся система частного права, научный опыт важен в еще большей степени. Создание четкой системы принципов и непротиворечивость их содержания, устранение многозначности толкования влияет на эффективность юридической практики, особенно в тех случаях, когда возникают коллизии правовых норм или обнаруживаются пробелы в праве, и правоприменители вынуждены опираться в своих решениях не на конкретные нормы, а на исходные начала, при этом правомерность их решений определяется правильным использованием принципов.

¹ См.: Жуйков В. ГПК РФ и другие источники гражданского процессуального права // Российская юстиция. 2003. №4. С.10–14.

² Статьи 5, 20–23, 43, 246, 318 УПК РФ от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ // СЗ РФ от 24 декабря 2001. №52 (Ч. I); ст. 4921; Комментарий к УПК РСФСР. 5-е изд. / под ред. В.И.Радченко, В.Т.Томина. М.: Юрайт-М, 2001. С. 61–62; Рыжаков А.П. Уголовный процесс: учебник для вузов. М.: Приор, 1999. С. 32, 40.

³ Как справедливо отметил Ю. А. Тихомиров, ныне элементы публичного права все глубже проникают в ткань отраслей частного права (Тихомиров Ю. А. Публичное право. М.: БЕК,1995. С. 25).

⁴ Гражданское право: Учебник. 3-е изд. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект,1998. Т. 1. С. 18.

⁵ Поленина С.В. Современное состояние российского законодательства и его систематизации // Материалы «круглого стола» журнала «Государство и право»// Государство и право. 1999. №2. С. 24.

**ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ СОЗДАНИЯ НАРОДНОЙ МИЛИЦИИ
ВРЕМЕННОГО ПРАВИТЕЛЬСТВА И СОВЕТСКОЙ МИЛИЦИИ
НА ТЕРРИТОРИИ БЕЛАРУСИ (1917–1918 ГГ.)**

Как отмечал В.И. Ленин, «во всех буржуазных республиках, даже наиболее демократических, полиция является главным орудием угнетения масс (как и постоянная армия), залогом всегда возможных поворотов назад к монархии». Возможно поэтому, признавая демократические принципы в качестве основных в организации государства после победы Февральской революции Временное правительство вынуждено было упразднить в Министерстве внутренних дел Штаб отдельного корпуса жандармов (6 марта 1917 г.), Департамент полиции (10 марта 1917 г.) и Главное управление по делам печати. В результате полиция как организованная вооруженная охрана перестала существовать. Стремясь закрепить победу революции и упрочить свое положение, Временное правительство еще 3 марта 1917 г. провозгласило «замену полиции народной милицией с выборным начальством, подчиненным органам местного самоуправления».

В Беларуси в это время, как и в целом в России, на смену старой царской полиции приходит народная милиция. Так, 4 марта 1917 г. вышел правовой акт, согласно которому служащий Всероссийского земского союза Михаил Александрович Михайлов (Михаил Васильевич Фрунзе) назначался временным начальником милиции Всероссийского земского союза по охране порядка в городе. Именно в этот день отряды боевых дружин рабочих и милиции разоружили бывшую полицию, захватили городское полицейское управление, архивное и сыскное отделения, взяли под свою охрану важнейшие государственные учреждения, почту и телеграф. Минск, таким образом, стал центром создания милиции.

Правовые основы организации и деятельности народной милиции определялись в правительственном постановлении «Об учреждении милиции» и во Временном положении о милиции, изданных 17 апреля 1917 г. Согласно Временному положению взамен наружной полиции учреждалась милиция как исполнительный орган государственной власти.

В г. Минске становление милиции имело свои особенности, поскольку руководил этим процессом М.В. Фрунзе, который прежде всего стремился превратить милицию в высокопрофессиональное вооруженное формирование. В этих целях М.В. Фрунзе при создании минской милиции освобождался как от неумелых, неграмотных работников, так и от тех, кто проявлял нелояльность к большевикам. За время с 4 марта по 12 октября 1917 г., т.е. по день убытия из Минска, Фрунзе собрал в рядах минской милиции революционных рабочих и солдат, которые и определяли характер ее деятельности.

Таким образом, народная милиция Временного правительства сохранила за собой все права и обязанности бывшей царской полиции, тем самым сосредоточив в ее рядах реакционный, с точки зрения классово-борьбы, элемент, поскольку в милицию принимали «достойных из числа бывших чинов полиции и корпуса жандармов». Вполне понятно поэтому, почему народную милицию Временного правительства должна была постичь и постигла участь царской полиции.

Дальнейшую судьбу созданной милиции определила Октябрьская революция и последующие события с ней связанные. Так, новый этап развития милиции начался после установления в Петрограде власти Временного рабоче-крестьянского правительства. На II Всероссийском съезде Советов 26 октября 1917 г. был создан Народный комиссариат внутренних дел (НКВД). Следует отметить, что его задачи были настолько разноплановы, что некоторые вообще не отвечали его основному назначению. Так, наряду с вопросами административного управления он должен был заниматься местными хозяйственными делами, статистикой, медицинскими вопросами и многими другими. Таким образом, по важности и широте осуществляемых полномочий НКВД занимал особое место в системе советского государственного механизма.

Анализируя особенности функционирования отдельных звеньев системы органов внутренних дел, более подробно необходимо рассмотреть проблему становления советской милиции, вопрос о создании которой был поставлен сразу же после победы вооруженного восстания в г. Петрограде. При решении этого вопроса советская власть исходила из указаний В.И. Ленина о том, что рабочая

милиция должна быть органом Советов и руководить ею должен пролетариат. Уже 28 октября 1917 г. НКВД издал постановление «О рабочей милиции», которое по своему содержанию постановление носило политико-юридический характер.

Особенностью данного документа является отсутствие упоминания о структуре, компетенции, порядке комплектования милиции. Данное обстоятельство объясняется тем, что в условиях повсеместного учреждения и упрочения Советов юридическое закрепление единых организационных форм милиции не имело принципиального значения. Также постановлением не был оговорен порядок ликвидации милиции Временного правительства. Тот факт, что в постановлении не содержалось информации о милиции Временного правительства не является случайным. Данное обстоятельство объясняется содержанием партийной программы большевиков, пришедших к власти, в которой предусматривалась ликвидация старого аппарата государственной власти (чиновничества, постоянной армии и полиции). Не смотря на то, что царская полиция заменена народной милицией, последняя все же рассматривалась как «реакционная» часть буржуазного аппарата и должна была быть ликвидирована. Таким образом, постановление закрепляло создание советской милиции, отличительной особенностью которой являлось необходимость служить политическим целям пришедшей к власти партии.

Анализируя проблемы создания советской милиции в Беларуси, следует отметить, что они имели свои особенности, связанные с тем, что созданная Временным правительством народная милиция не ликвидировалась, а реорганизовывалась. Суть реорганизации заключалась в том, что милицию под свой контроль брали органы советской власти, проводили чистку личного состава, пополняя ее преданными революции людьми. Однако в сложных условиях острой политической борьбы, в случае, если народная милиция занимала враждебные позиции по отношению к советской власти или объявляла себя нейтральной, то она подлежала ликвидации. Именно поэтому ликвидация народной милиции временного правительства здесь осуществлялась более замедленными темпами, чем в центре.

Правовое оформление создания штатного аппарата советской милиции завершилось 12 октября 1918 г. утверждением инструкции «Об организации советской рабоче-крестьянской милиции» (далее – Инструкция). Следует отметить, что утверждение данного документа было обусловлено началом военной интервенции в период становления советской власти, а также невозможностью силами нерегулярных вооруженных формирований трудящихся выполнять задачи по укреплению власти советов и поддержанию общественного порядка. Именно поэтому советское правительство и приняло решение создать штатный милицией аппарат. Инструкция явилась первым нормативным правовым актом, оформившим возникновение постоянного централизованного штата государственного органа охраны общественного порядка, характерной чертой которого являлся классовый принцип организации и деятельности. Тем самым, посредством политизации милиции на большевистской платформе и следованию классовому принципу в деятельности советской милиции и начала реализовываться диктатура правящей партии.

Н.Н. Зипунникова

Уральская государственная юридическая академия, г. Екатеринбург

ПОДГОТОВКА ЮРИДИЧЕСКИХ КАДРОВ В РОССИИ КАК ВИД СОЦИАЛЬНОЙ ПРАКТИКИ: ОСМЫСЛЕНИЕ ОПЫТА

Высокий социальный статус юридической профессии в России имеет глубокую историческую прописку, будучи обусловленным всем ходом развития отечественной правовой системы. Последняя, по высказанному в научной литературе мнению, представляет собой социальную организацию, включающую основные компоненты национальной правовой культуры: право, законодательство, юридическую практику, а также господствующую в стране правовую идеологию (доктрину)¹. Представляется, что особого упоминания в числе компонентов системы заслуживает и подготовка юристов, долго и сложно (и, что важно, по-разному) «вызревающая» в любой правовой системе. Собственно, справедливо отечественное юридическое образование называется важным элементом воспроизводства правовой системы России².

Становление российского профессионального юридического корпуса, его основные этапы показаны в неизбежно прирастающей историографии; общим местом исследований является тезис о постепенной трансформации самобытной практической выучки законоискусников в теоретическую

подготовку с глубоким научным основанием (XVIII – начало XIX в.). О глубине перелома свидетельствует множество сопровождавших его факторов: формирование имперской государственности, импортирование европейских достижений и инноваций, интенсификация законодательной деятельности, соответственно – разрастание и усложнение законодательства, новый идеологический контекст и др. Особо стоит упомянуть социальный запрос на новации, длительное время не очевидный на фоне активного действия властно-государственных институций. Именно государство изначально выступило заказчиком, архитектором и строителем системы образования, в том числе и ее юридического сегмента.

Маркерами индивидуализации подготовки юристов как разновидности социальной практики (соответственно, признаками профессионального образования) выступали провозглашенная цель (цели) юридического образования, идеологическое его наполнение, обстоятельное правовое регулирование и финансово-организационные основы, выстраивание системы соответствующих учебных заведений, конструирование образовательных стандартов и специфика образовательного процесса, особый правовой статус преподавателей и студентов. Творческое взаимодействие правоведения как отрасли научного знания с юридическим образованием, изначально преподавание в университетах Российской империи наук, а не учебных дисциплин обеспечивало устойчивое саморазвитие системы подготовки юридического корпуса. Налицо и активное взаимодействие юридического образования с другими компонентами правовой системы, их взаимовлияние на разных исторических этапах. Открытость, участие в кросс-культурном диалоге (а в советские десятилетия – закрытость, изоляция от внешних процессов) также выступали важным признаком отечественного юридического образования.

Едва ли не ключевым видится вопрос о цели (целях) подготовки юристов, их манифестирование характеризовало юридическое образование как важнейший социальный институт. Как утверждают специалисты, многообразие образовательных целей в известной степени и предопределяет многообразие образовательных систем; цель же является определяющей характеристикой системы образования³. Важнейшим следствием указанного выше государственного происхождения образовательной системы в Российской империи стал утилитарный взгляд на образование. Императорские университеты, венчавшие образовательную пирамиду в стране, были «настроены» властью на подготовку необходимых «квалифицированных кадров обслуживания государственного аппарата самодержавия, преимущественно вспомогательного слоя чиновничества (юристов, учителей, врачей), частично табельной бюрократии»⁴. В узаконениях начала XIX в. университеты (с их нравственно-политическими отделениями) назывались учеными сословиями для подготовки юношества к вступлению в государственную службу. Вообще, занятие гражданских должностей, требовавших юридических и иных познаний, на основании закона было обусловлено теперь обязательным обучением в общественном или частном училище⁵. Обязательность образовательного ценза для чиновников стала важным вектором в развитии имперского законодательства о гражданской службе. Уточнение целей юридического образования в русле идеологии просвещенного абсолютизма было осуществлено одним из узаконений начала XIX в. Оно «должно показывать учащемуся политическое его отношение к правительству, различным сословиям и частным людям, его обязанности к оным и права, каких от них ожидать и требовать может. Оно образует защитников правоты сограждан своих и угнетенной невинности»⁶.

Связь диплома с классным чином во многом препятствовала развитию альтернативного (негосударственного) сектора образования, в том числе юридического. Выпускники негосударственных вузов могли приобретать права и преимущества по государственной службе только после сдачи экзаменов в испытательных комиссиях, создававшихся на основании университетского устава 1884 г.⁷ Утилитарный подход к образованию означал также, что преподаватели и студенты российских императорских университетов изначально включались в систему классовых чинов.

Советская власть принесла с собой особое отношение к юридическому образованию. Оно закономерно становилось важнейшим звеном идеологически обновленной юридической сферы. Создание вместо юридических факультетов общественных наук (ФОНов), сокращение числа преподавателей и студентов-юристов характеризовало образовательную политику молодого советского государства. Юридическое образование в это время не оценивалось как социально значимое, требовавшее первоочередной государственной поддержки; огромное воздействие оказывал и укоренившийся в массовом сознании правовой нигилизм⁸. Обеспечивая потребности советского государства и преследуя цели укрепления партийно-государственного механизма и советской хозяйственной системы, находясь в рамках господствовавшего легистского подхода, юридическое образование тем не менее не стояло на месте. Создавались юридические институты, появилась заочная форма обучения; рас-

ширение и укрепление правового образования в целом приходится на послевоенное время. Отмечается противоречивый характер советского юридического образования в 1960–1980-е гг., обусловленный особенностями общественного развития. Обращено внимание на одновременное развитие: 1) продолжающейся тенденции идеологизации юридического образования на постулатах развитого социализма; 2) крепнущей тенденции все более глубокого изучения догмы права, применения и толкования правовых норм, эффективности их действия; 3) прогрессивной тенденции, базирующейся на стремлении, с одной стороны, преодолеть административно-командную парадигму права, а с другой – возродить и развить идеи правового, социально-правового государства⁹.

Обусловленный серьезными изменениями в политической сфере, переходом к рыночной экономике, новым форматом государственности всплеск общественного интереса к юридической профессии в 1990-е гг. в очередной раз продемонстрировал глубокое вплетение юридического образования в социальную ткань. Констатация серьезного его недостатка на современном этапе – «отсутствие методологической ориентации высшей юридической школы в новом политико-культурном контексте»¹⁰ – в еще большей степени вдохновляет на творческое осмысление накопленного страной опыта.

¹ Синюков В.Н. Российская правовая система. М., 2010. С. 8–9.

² Синюков В.Н. Указ раб. С. 586. См. также: Перевалов В.Д. Теоретические и исторические аспекты российского юридического образования. Екатеринбург, 2008.

³ См.: Левитан К.М. Юридическая педагогика: учебник. М., 2007. С. 43–44.

⁴ Иванов А.Е. Университетская политика самодержавия в конце XIX – начале XX века // Государственное руководство высшей школой в дореволюционной России и в СССР. М., 1979. С. 149.

⁵ Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. СПб., 1830. Т. 27. №20597; т. 28, №21498, 21499, 21500.

⁶ Сборник постановлений по Министерству народного просвещения. Т. 1. СПб., 1864. Стб. 279.

⁷ См. подробнее: Зипунникова Н.Н. Правовое регулирование испытаний в университетских комиссиях (из истории российской образовательной политики конца XIX – начала XX в.) // Вестник Удмуртского университета. Сер. Экономика и право. 2012. Вып. 1. С. 98–104.

⁸ Ящук Т.Ф. Очерки по истории юридического образования в России: учеб. пособие. Омск, 2004. С. 59.

⁹ Перевалов В.Д. Указ. раб. С. 50–51.

¹⁰ Синюков В.Н. Указ. раб. С. 586.

Д.Н. Круглов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ЭТНИЧЕСКАЯ ОБУСЛОВЛЕННОСТЬ ТРАДИЦИОННЫХ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ФОРМ

Мы полагаем, что принятое в отечественной юридической науке характеристика формы государства через понятия формы правления, формы государственного устройства и политического режима оправданно лишь при условии, что рассматривается в достаточной степени модернизированная государственная общность, отстоящая от наших дней не более чем на 200, в крайнем случае на 300 лет. Вряд ли можно говорить о «федеративном устройстве» средневековых государств с их сюзеренитетом и вассалитетом или о «тоталитарном правлении» восточных монархов.

Даже понятие монархии и республики в традиционных обществах требует каждый раз особого уточнения. Не случайно Аристотель и Полибий подразделяли правление одного на монархию и тиранию, а Монтескье полагал, что деспотическим может быть образ правление как одного, так и немногих либо власть народа.

Очевидно, становление формы государства, соответствующей современному ее понятию совпадает с формированием современных национальных государств, то есть с трансформацией этнических общностей. А формальная характеристика традиционного государства может быть дана лишь с оглядкой на динамику развития этноса. Отечественная этнографическая традиция обычно отмечала четыре главные исторические эпохи, которые эта группа пережила в своем развитии: род, племя, народность и нацию. Род обычно считается древнейшей социальной организацией, хотя, по видимому, еще на самой ранней стадии развития человечества, когда биологические связи только еще начали вытесняться связями социальными, уже существовало деление коллективов людей на «своих» и «чужих».

Практически любой человек может идентифицировать себя со своей этнической группой, при этом субъективные основания для этой идентификации бывает, принимают самые фантастические

формы. Эти основания для самого индивида очень трудно поддаются рациональному осмыслению, самописание этноса часто основывается на исторических мифах, научное исследование которых болезненно переносится даже интеллектуалами, если они сознательно не отстраняются от признания этноса безусловной ценностью.

По сравнению с этносом государство представляется куда менее загадочным (легче постигаемым) видом социальной организации. Такие формально-определенный признак, как территориальная организация населения, управляемая публично-властными институтами, вряд ли позволит говорить о государстве как о воображаемом сообществе в том же смысле, в каком это выражение часто употребляют применительно к этносу.

Понятие государства столь же определено, сколько расплывчато понятие этноса, и все же во многих случаях неопределимый этнический фактор являлся и является инстанцией могущества, которая лишает государство монополии на суверенную власть.

Не будет натяжкой утверждение, что при наличии любой властной организации этническая организация может выступить как ее альтернатива. Родовые, клановые, племенные связи образуют, наверное, самый устойчивый вид социальной власти, который не сливается с иными видами власти, как бы государство, церковь или даже семья не пытались ее уничтожить или ассимилировать.

Этнос – экстерриториальная общность, авторитет носителей этнической власти не знает этнических границ: где бы ни жил субъект, признающий ценности собственного этноса, он будет соотносить свое поведение с нормами, которые установлены родовыми традициями. Хотя официальное право, местные обычаи или правила, исходящие из соображений рациональной целесообразности, могут выглядеть гораздо сильнее, тем не менее этнические стереотипы настолько «естественны» и «очевидны», что следование им совершается само собой, если это позволяют объективные условия.

Если исходить из понятия политического как системы отношений между социальными группами, связанных с достижением и распределением публичной власти, то можно констатировать, что на догосударственном этапе истории человечества границы политической и этнической организации совпадают. Мы полагаем, что общественная власть приобретает публичный характер с момента ее обособления и институционализации при переходе от родовой общины к вождествам, которым соответствует уже такая форма социальной интеграции, как соседская община. В вождествах управленческая деятельность создает предпосылки не только для социальной дифференциации, но и этнической интеграции, когда над общностью рода надстраивается не менее фундаментальная общность, способная поделить весь обитаемый мир на своих и не-своих, в предельном случае – на «людей» и «не-людей».

Вообще вождество может довольно долго поддерживать внутреннее социальное равновесие, что делает его необычайно живучим – не случайно полномасштабная экспансия государственной формы общежития началась вместе с модернизацией, в Европе соответствующей началу Нового Времени. Большая часть обитаемого мира в доиндустриальную эпоху – это те же вождества при повсеместном сохранении общины, позиции которой оказались достаточно прочны и в традиционном государстве. Оно сосуществовало с племенами и союзами племен, образующих «варварскую» периферию, объединяя несколько этносов. Такое государственное образование обычно именуют империей и оно является типичным для традиционного государства. Империи имеют разную степень централизации, и хотя правители иногда пытаются сделать их «симметричными»: назначают наместников, упорядочивают налогообложение, вводят единые сословия. Однако земли, вошедшие в состав империй сохраняют своеобразие, традиционное управление, сохраняются местные обычаи и негосударственное правосудие. Такая гетерогенность является прямым следствием воздействия этнических факторов. Названия имперских провинций обычно производны от этнонимов, имперская бюрократия включает местную знать, которая сохраняет после вхождения в состав империи свои привилегии и свои титулы, границы провинций повторяют границы расселения племен. Даже длинный титул монарха – имперского главы – составляется из названий этносов, расположенных в определенном порядке.

Очагами развития этнического самосознания в доиндустриальную эпоху были города-государства. Торговые города в составе империй всегда обладали некоторой долей самостоятельности, поскольку специфика рынка требует признать за городскими жителями прав на особые юридические статусы. Если же город сам превращается в государство, то его история облекается в соответствующую мифологическую форму, где обнаруживается, что знать ведет свое происхождение от бога или героя, главного персонажа общегражданского культа. В этой мифологизированной истории находится место и генеалогии прочих городских слоев, в которой конфликт между «пришельцами» и «автохтонами» сглаживается, обычно в борьбе с внешним врагом. Гражданская политическая куль-

тура и общие «исторические корни» задает параметры этнического единения, основанного на превосходстве этноса, превознесении его уникальности по отношению к окружающим варварам. Это чувство превосходства имеет вполне осязаемые «материализованные» основания в технической, социально-организационной и военной областях и проявляется при сравнении городского быта и «дикарского» образа жизни. Античный полис создает новое чувство этичности, более рационализированное и лишенное первобытного трайбализма. Национальное, общественное, полисное здесь синкретичны, поскольку общество равно государству и равно религиозной общине, человек здесь прежде всего гражданин, а лишь затем выходец из племени, колена или трибы. Не менее важно, что и средневековые города могли выполнять роль своеобразных «плавильных котлов», что позволяло властям поддерживать чувство гражданской солидарности, несмотря на цеховые, сословные и кастовые барьеры.

Характеристика юридической формы традиционных государств не может игнорировать данную специфику. Способы формирования высших органов власти в городах-государствах и империях заключались как в наследовании привилегий, связанных с отправлением властных функций, так и во многих случаях предусматривали особые электоральные процедуры. С точки зрения формы правления как империи, так и города-государства могли быть как республиками (демократическими, аристократическими и олигархическими), так и монархиями (наследственными и выборными). Что касается формы государственного устройства, то исключительное разнообразие территориального распределения властных полномочий изощренные переплетения вассально-сюзерниальных отношений, а также непрерывные изменения, связанные с временным усилением или ослаблением власти метрополии над провинциями или короля и епископа над баронами и городскими коммунами не позволяют выделить хоть какие-нибудь устойчивые типы вплоть до современности. Мы можем говорить о в большей или меньшей степени централизованных монархических или республиканских империях, вассальных или зависимых территориях, династических униях или союзах (лигах) городов – и не более того.

Уже в традиционных обществах можно обнаружить две тенденции развития этнического сознания: один восходит к родоплеменной обособленности, другой – к гражданской солидарности. Первая склонна считать этнос явлением примордиальным, то есть имеющим до- или над-социальную природу. Здесь признаки, характеризующие этнос, политически ангажированные теоретики склонны доводить до уровня расовых различий. Вторая связывает развитие этноса с более фундаментальными социальными процессами. Например, согласно марксистской философии истории развитие производительных сил общества (техники и технологии воздействия человека на природу) необходимым образом сказывается на характере производственных отношений (социальном базисе), который, посредством механизмов социальной дифференциации и стратификации определяет и характер этических различий. Добуржуазному уровню общественного развития (добуржуазным типам государства и права) тут соответствует племя и народность как этапы эволюции этноса, которая после революции в производственных отношениях, произведенных буржуазией, завершается формированием наций. Необходимым признаком наций, наряду с общностью культуры, происхождения, исторической судьбы, т.е. общих факторов, определяющих этническое самосознание, исторический материализм считает экономические связи и собственную государственность.

Неразрывную связь нации и государства отмечают, конечно, не только теоретики, ориентирующиеся на марксизм. Показательно, что само понятие «нация» как политическая организация народа в государственных границах появляется в эпоху великих буржуазных политических революций. Введение этого термина в литературу, публицистику и научные и юридические тексты совпадает с образованием современного государства. Его предвещает борьба монархов за суверенную власть, которая сопровождала возникновение новой Европы, Европы модерна. На излете Средневековья при поддержке буржуазии главы государств отходят от феодально-сюзерниальной схемы презентации собственной власти, перестают отождествлять себя исключительно с правящим сословием и предпочитают уже говорить о себе как о главах наций. Изменяется и понятие империи: теперь император уже глава государственного тела, организма, составленного из его подданных, о которых он обязан заботиться, как о своих детях. А монарший титул, характеризующий его как повелителя различных народов, сохраняется лишь как дань традиции. В это время размывается традиционное этническое мироощущение, восходящее к чувству родовой общности, поскольку индустриализация и урбанизация вытесняют общину, весьма изменчивую структуру, которая выживает при любом государственном строе, если он основан на аграрном хозяйстве. Но на его место приходит национализм, судя по всему, порождение просвещенной публики, которая переосмысливает опыт античных республик и конструирует модель государственности, основанной на народном суверенитете или суверенитете нации.

Концепция нации сама по себе оказывается для группировок, борющихся против королевского абсолютизма, мобилиующим понятием. От имени нации принимаются буржуазные конституции, которые ограничивают власть, современные национальные государства обретают современный вид. Этнически ориентированный дискурс прочно обосновывается в сфере гражданского общества. Тенденция к равноправию несколько не отменяет фиксацию в общественном сознании национальных различий. Недовольство властью в условиях буржуазной политической свободы приобретает националистические формы. Оказывается, что национальное в области политического сознания отнюдь не тождественно государственному в государствах, сохранивших имперское (в смысле многонациональное) устройство. Просвещенческий проект – снятие межнациональных противоречий через обретение свободы в рамках собственной государственности – показывает в начале XX века свою незавершенность.

С незавершенностью просвещенческого проекта связано и мощное радикальное движение, которое можно считать попыткой раз и навсегда покончить с национальными противоречиями через «снятие» буржуазного государства и перспективе государства как такового. Национальный вопрос Ленин и Сталин, а затем Троцкий подчинили вопросу о диктатуре пролетариата, которая согласно доктрине Маркса, не может замкнуться в рамках отдельного государства, а будет успешна только при поддержке пролетариата в других странах. Диктатура пролетариата должна стать переходной политической формой, в которой в противоположность институтам парламентского правления, будет развиваться непосредственное народное самоуправление. Последнее, с ликвидацией частной собственности и буржуазного государственного аппарата, создаст предпосылки для отмирания государства вообще.

Октябрьская революция манифестировалась как конец Российской империи. Советское правительство допустило провозглашение собственной государственности более чем десятком наций, тем более, что Россия рассматривалась большевиками как плацдарм мировой революции, которая все равно сотрет национальные границы. Понадобилось от двух до четырех лет, чтобы окончательно убедиться, что придется отстраивать новое государство, отстраивать не иначе, как в национальных границах.

Союз ССР официальная советская доктрина рассматривала как государство «нового типа». После того, как Бухарину и Сталину удалось «обосновать» тезис о возможности построения социализма в одной отдельно взятой стране, неизбежно встал вопрос о «социалистическом» государстве. «Классический» марксизм вообще не допускает никакого особого социалистического государства: диктатура пролетариата (если она вообще необходима, в чем сильно сомневались западноевропейские социал-демократы) изживает себя после проведения масштабных социалистических преобразований. Это означает слияние общества и государства через упразднение публичного характера верховной власти, при этом национальный вопрос разрешается сам собой через полную, юридическую и фактическую, эмансипацию. Эгалитарное общество должно удалить этнические различия вместе с социальной стратификацией. Но в 1920 году стало очевидно: «снятие» государства – это отдаленная перспектива, более того, возврат к буржуазным экономическим институтам неизбежен, если приходится рассчитывать на собственные силы. В своих последних работах Ленин отмечал возникновение новой советской и партийной бюрократии, которая воспроизводила пороки любой, в том числе и буржуазной бюрократии.

Юридически государство нового типа оформлено как республика, но не парламентская или президенская, а как республика Советов, которые формируются из представителей трудящихся, работающих в представительных органах преимущественно на «общественных» началах. СССР позиционировался как симметричная национально-территориальная федерация (юридический статус, то есть права, обязанности и ответственность входящих в ее состав государственно-подобных образований примерно одинаков), что отражается на структуре высшего органа власти – коллективного главы государства – Верховного совета, верхняя палата которого имеет равное представительство от республик. Входящая в ее состав РСФСР же – федерация ассиметричная, без права сессии составляющих ее государственно-подобных образований, имеющих различный статус. Официальная позиция провозглашала, что Советское государство образует нацию, состоящую из наций и народностей (нации соответствуют союзным республикам, народности – автономным образованиям в их составе). Конец 1980-х – начало 1990-х годов показали несоответствие доктрины о «советском народе» объективному положению дел.

Как нам представляется, не только влияние «ленинизированного» марксизма, но и определенная архаичность общественных структур, зафиксировавшая этносы в состоянии народностей и воспрепятствовавшая формированию единой нации, отразилась на «нетипичности» (термин А. Чиркина) формы правления СССР.

ОРГАНИЗАЦИЯ ОПЕКУНСКИХ УЧРЕЖДЕНИЙ В ДОРЕВОЛЮЦИОННОЙ РОССИИ

В современных правовых системах полномочия по решению вопросов опеки часто возлагаются на специализированные суды. Так, в Швеции судьи окружных судов осуществляют надзор за осуществлением опеки и управлением имущества опекаемых; в Японии, Португалии и Норвегии действуют специализированные семейные суды; в Швейцарии такие суды называются опекунскими. Во многих штатах США есть суды специальной юрисдикции, в частности суды по делам несовершеннолетних, выполняющие и функции семейных судов.

В Российской Федерации нормы, регулирующие данные правоотношения, содержатся в различных отраслях права: конституционном, административном, уголовном, гражданском, семейном; функции по осуществлению опеки (попечительства) выполняют органы опеки и попечительства, относящиеся к органам исполнительной власти субъекта Российской Федерации, в соответствии со ст. 34 Гражданского кодекса Российской Федерации. На судебные органы не возлагаются какие-либо специальные задачи, связанные с осуществлением опеки и попечительства. Однако практика применения норм семейного и гражданского законодательства свидетельствует о необходимости проведения комплексных преобразований в указанной области. В частности, высказываются предложения по созданию системы специальных семейных судов, которые могли бы разрешать вопросы, связанные с опекой (попечительством)¹. В этой связи представляется полезным и интересным знакомство с организацией опекунских учреждений в дореволюционный период.

Основы опеки над несовершеннолетними были заложены во времена Русской Правды: опека над малолетними детьми и имуществом, принадлежавшим им, назначалась в том случае, если у них не было в живых ни отца, ни матери, или когда их мать выходила замуж второй раз². Специализированные органы, занимающиеся опекой, возникли в России по указу «Учреждения для управления губерний» 1775 г. В основу организации опекунских установлений был положен сословный принцип: на дворянскую опеку было возложено попечение о дворянских сиротах; духовное начальство обязано было заботиться о детях духовных особ; сельский сход – о детях сельских обывателей; сиротский суд заботился о детях личных дворян, городских обывателей. Однако полномочия опекунских учреждений в действительности были намного шире: они опекали личность и имущество безумных, сумасшедших, глухонемых, расточителей, неисправных плательщиков и т.д. Сами по себе опекунские учреждения непосредственно не действовали в интересах сирот – они лишь осуществляли надзор над опекунами.

Выбор в опекуны осуществлялся из лиц, «кои нравственными качествами дают надежду к приранию малолетнего в здравии, добронравном воспитании и достаточном по его состоянию содержанию, и от которых ожидать можно отеческого к малолетнему попечения»³. Опекун принимал «в смотрение свое и ведомство» все движимое и недвижимое имение малолетнего по описи, составляемой вместе с членом опекунского учреждения, причем одна копия описи оставлялась в суде. Опекун должен был стараться, чтобы «доходы малолетнего собираемы были в надлежащее время, а расходы производились без излишества»⁴.

Самое большое количество дел находилось в ведении сиротских судов, которые образовывались при городских магистратах и должны были заботиться о «вдовах и осиротевших малолетних детях всякого звания городских жителей, кои в том городе, где он избран, остались после мужей или родителей и без призрения находятся»⁵. Компетенция сиротского суда распространялась только на город или уезд, в котором он находился. Председательствовал в городском суде городской голова, помимо которого в состав входили два члена магистрата и городской староста. Городской голова выбирался городским обществом раз в три года путем баллотировки, староста – на год. Остальные члены суда избирались из состава купцов, мещан и ремесленников. Таким образом, в состав сиротского суда входили как представители выборных административных, так и судебных городских структур.

Суд назначал опекунов имениям, оставшимся после смерти владельца, малолетним сиротам и вдовам, ежегодно заслушивал отчеты опекунов, решал спорные вопросы, рассматривал различные просьбы. Сиротский суд, также как и дворянская опека, приступал к делам по опеке по уведомлению городского головы, близких родственников или свойственников малолетнего, высшего равного или

присутственного места, по сообщению двух посторонних лиц и приходского священника. Часто в качестве просителей выступали кредиторы умершего, так как до учреждения опеки они не имели возможности истребовать свои долги⁶. Дворянские опеки и сиротские суды были подведомственны окружному суду, а затем судебной палате, куда ежегодно предоставляли отчет «о положении дел и опек».

Таким образом, на протяжении XVIII–XIX вв. в России интенсивно развивалось законодательство, регулирующее опекунскую деятельность; были созданы специальные органы, занимающиеся вопросами опеки: дворянские опеки и сиротские суды; налажена система контроля и надзора за деятельностью опекунов.

¹ Беспалов Ю.Ф. Судебная защита прав ребенка: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997. С. 6.

² Российское законодательство X–XX вв. М.: Юридическая литература, 1985. Т. 5. С. 306.

³ Учреждения для управления губерний Всероссийской империи. №14392, 7 ноября 1775 г. // ПСЗ Российской империи. Собр. 1-е. Т. 20: 1775–1780. СПб., 1830.

⁴ Там же.

⁵ Там же.

⁶ Гончаров Ю.М. Городская семья Сибири второй половины XIX – начала XX вв. М., 2002. С. 38.

И.Г. Оборотов

*Николаевский комплекс Национального университета
«Одесская юридическая академия», г. Николаев*

ОСНОВНЫЕ ПОДХОДЫ К ПОНИМАНИЮ КАТЕГОРИИ «КАНОНИЧЕСКОЕ ПРАВО»

Несмотря на отсутствие сомнений в том, что каноническое право – особая нормативная система, спектр взглядов на его природу весьма широк. В целом можно выделить такие подходы: 1) каноническое право – часть национального права (отрасль, правовая общность); 2) каноническое право нельзя называть правом в полном смысле этого слова, поскольку оно не происходит от государства и не обеспечивается с помощью его властных возможностей; 3) каноническое право – это корпоративная правовая система, которая действует в отношении лиц, относящих себя к христианскому сообществу (церковной корпорации). Каждый из этих подходов имеет под собой определённые основания.

Позитивистская направленность первого подхода несомненна, поскольку он выводит церковное право из воли государства. Так, говоря о религиозном праве, О.Ф. Скакун определяет его как «совокупность национальных правовых систем, обладающих общими признаками – едиными закономерностями и тенденциями развития на основе религиозного текста как основного источника права, который представляет собой тесное переплетение религиозных, юридических, моральных, мифических предписаний, сложившихся естественным путём и признанных государством»¹. Хотя в своём академическом курсе О.Ф. Скакун затрагивает только исламское, индуское и иудейское право, очевидно, что все приводимые признаки религиозных правовых систем должны распространяться и на каноническое (церковное) право. Однако думается, что такой подход применим только в тех случаях, когда религиозная правовая система интегрирована со светским правом, в частности, когда речь идёт о государствах, в которых христианская религия имеет статус официальной, либо пользуется особыми привилегиями (Греция, Италия, Норвегия, ФРГ и др.), а церковные суды входят в судебную систему государства. Это было бы справедливо и применительно к каноническому праву досоветского периода, например, А.А. Дорская в своей докторской диссертации обосновывает тезис о том, что церковное право Российской империи можно определить «как отрасль права, представляющую собой совокупность правовых норм, определяющих статус церкви, а также права и обязанности духовного сословия, подданных (граждан) в зависимости от отношения к ним»². Вместе с тем, всё сказанное не подходит для тех случаев, когда Церковь отделена от государства и применение её канонов не обеспечивается государственной властью.

Вторая позиция встречается среди идеологов очищения права от религиозного «налёта», сторонников атеистического мировоззрения и представителей юридического позитивизма, которые отказываются признавать правом любые нормативы, не происходящие от государства, либо же не обеспечиваемые его властными ресурсами. В статье П.С. Грацианова в Большой советской энциклопедии, церковное право представлено как совокупность санкционированных или установленных государством правил, регулирующих внутреннюю организацию церкви и взаимоотношения между церков-

ными организациями, верующими и государством. Отмечается, что в странах, где церковь отделена от государства, церковное право отсутствует, а правила внутрицерковных отношений не имеют правового характера³.

Объединяющим моментом для первого и второго подходов является их позитивистская направленность, получающая два варианта развития: или каноническое право связано с государством – и тогда оно часть его правовой системы, или не связано – и тогда оно вообще не право.

Третья точка зрения, которой придерживается, в частности, М.Ю. Варьяс, основана на том, что Церковь – это корпорация особого рода, а издаваемые ею нормы имеют не только религиозное, но и юридическое значение, обладая корпоративной общеобязательностью, формальной определённой, нормативностью, регулятивностью и другими свойствами, присущими также и позитивному праву⁴. Этот подход представляется наиболее продуктивным, поскольку позволяет выйти за рамки позитивистской догмы и взглянуть на феномен канонического права в отрыве от феномена государства. Последнее вполне соответствует идеям социологической школы права и антропологическому подходу, позволяя выводить происхождение права из общественных отношений (в данном случае – внутрицерковных) и человеческой природы.

Анализ всех трёх подходов позволяет прийти к таким выводам: первый и второй из них имеют односторонний характер, третий гораздо более гибок – он говорит о каноническом праве как о самостоятельном феномене, порождаемом церковью, а не государственной властью. Вместе с тем, каноническое право может: 1) быть частью национальной правовой системы (как его подсистема, особая правовая общность, суперотрасль); 2) иметь частичное признание со стороны государства (например, использование канонов в брачно-семейных, наследственных и иных отношениях); 3) существовать без какой-либо государственной поддержки и признания (церковь, вместе с тем, должна учитывать в своей деятельности нормы светского права).

Исследование структуры канонического права и соотнесение её с теоретической моделью структуры правовой системы позволяет установить, что каноническое право имеет все элементы, необходимые для признания его правовой системой.

Учитывая отсутствие жёсткой связи между этой правовой системой с конкретной территорией и ориентированность на «церковный народ» – членов Церкви, каноническое право следует признать персональной правовой системой. Таким образом, каноническое право можно определить как персональную правовую систему, основанную на христианских религиозно-правовых предписаниях, воздействующую на общественные отношения, возникающие между членами Церкви (в том числе, по поводу церковного устройства и управления), Церковью и иными религиозными и общественными организациями, государством, пользующуюся специфическими методами канонико-правового воздействия. Канонико-правовая жизнь, основанная на нормах канонического права, включает в себя весь спектр правовых явлений, необходимых для подтверждения тезиса о самостоятельности канонико-правовой системы: канонико-правовые отношения, каноническое правосознание и правовая культура, канонико-правовое мышление, церковные учреждения с судебными и административными функциями

¹ Скакун О.Ф. Общее сравнительное правоведение: Основные типы (семьи) правовых систем мира / О.Ф. Скакун. К. : Ин Юре, 2008. С. 299.

² Дорская А.А. Церковное право в системе права Российской империи конца XVIII – начала XX вв.: автореф. дис. ... д.ю.н.: 12.00.01. М., 2008. С. 14.

³ Большая советская энциклопедия. Т. 28. Франкфурт – Чага. – М. : Сов. энциклопедия, 1978. 616 с.

⁴ Варьяс М.Ю. Церковное право как корпоративная правовая система: опыт теоретико-правового исследования // Известия ВУЗов. Правоведение. 1995. №6. С. 76–85.

С.Б. Поляков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

НЕОПРЕДЕЛЕННОСТЬ ЗАКОНА

Неопределенность в вопросе о том, соответствуют ли Конституции РФ оспариваемые заявителями законоположения, является основанием к рассмотрению дела Конституционным Судом РФ (ч. 2 ст. 36 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 №1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

В постановлении Конституционного Суда РФ от 14.04.2008 №7-П говорится: «...из конституционных принципов правового государства, справедливости и равенства всех перед законом и судом вытекает обращенное к законодателю требование определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы и ее согласованности с системой действующего правового регулирования. ...принимаемые им законы должны быть определенными как по содержанию, так и по предмету, цели и объему действия, а правовые нормы – сформулированными с достаточной степенью точности, позволяющей гражданину соотносить с ними свое поведение, как запрещенное, так и дозволенное».

В постановлении Конституционного Суда РФ от 13.07.2010 № 15-П сказано: «Неточность, неясность и неопределенность закона порождают возможность неоднозначного истолкования и, следовательно, произвольного его применения, что противоречит конституционным принципам равенства и справедливости, из которых вытекает обращенное к законодателю требование определенности, ясности, недвусмысленности правовых норм и их согласованности в системе действующего правового регулирования; в противном случае может иметь место противоречивая правоприменительная практика, что ослабляет гарантии государственной защиты прав, свобод и законных интересов граждан. (...) По мнению Европейского Суда по правам человека, закон во всяком случае должен отвечать установленному Конвенцией стандарту, требующему, чтобы законодательные нормы были сформулированы с достаточной четкостью и позволяли лицу предвидеть, прибегая в случае необходимости к юридической помощи, с какими последствиями могут быть связаны те или иные его действия».

Однако по решениям Конституционного Суда РФ сложно определить критерии, по которым он в одном случае усматривает неопределенность содержания правовой нормы, а в другом – допустимые оценочные понятия, позволяющие правоприменителю эффективно обеспечивать баланс интересов.

Так, в определении от 16.12.2010 г. №1671-О-О Конституционный Суд указал, что, будучи различными по характеру и значению, правовые нормы, в том числе те из них, которые включают оценочные либо общепринятые понятия, устанавливаются законодателем с учетом необходимости их эффективного применения к неограниченному числу конкретных правовых ситуаций. Употребленный в оспариваемой Шишкиным ст. 327 УК РФ термин «официальный документ», как и всякое оценочное понятие, наполняется содержанием в зависимости от фактических обстоятельств конкретного дела и с учетом толкования этого законодательного термина в правоприменительной практике. Поэтому само по себе то, что в УК РФ не содержится определение понятия «официальный документ», не может расцениваться как неопределенность уголовно-правового запрета и основание для произвольного применения данной статьи¹.

Во взаимосвязи с этим положением Конституционным Судом высказана позиция о том, что именно судебная власть, действующая на основе принципов самостоятельности, справедливого, независимого, объективного и беспристрастного правосудия, в наибольшей мере предназначена для решения споров на основе законоположений, в которых законодатель использует в рамках конституционных предписаний оценочные понятия, позволяющие правоприменителю эффективно обеспечивать баланс интересов².

В то же время Конституционный Суд РФ принял к рассмотрению заявления ряда граждан на неконституционность ч. 3 ст. 138 УК РФ, которую заявители усматривали в том, что она не содержит четкого понятия специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, их исчерпывающего перечня, признаков и критериев отграничения от технических средств, разрешенных к обороту, что предоставляет правоприменителю необоснованно широкие пределы усмотрения и влечет произвольное применение ч. 3 ст. 138 УК РФ, и вынес по делу постановление от 31.03.2011 г. №3-П³. Причем ранее одному из них (А.Г. Трубину) было отказано в принятии к рассмотрению жалобы определением от 28 мая 2009 г. №634-О-О, поскольку Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что оспариваемая норма не может, вопреки утверждению заявителя, расцениваться как неопределенная.

Очевидна актуальность теоретической и практической задачи: конкретизировать основание участия Конституционного Суда РФ в процессе правового регулирования, – а именно определить «неопределенность законоположений». Предметом исследования должны стать все его решения для обнаружения в них закономерностей в установлении критериев неопределенности закона, например, по предмету, цели и объему действия, по наличию и содержанию всех элементов правовой нормы. Это связано с дальнейшей работой над вопросами допустимости (пределов) конкретизации толкования права судом, судебного правотворчества.

Однако представляется, что итогом такого исследования может быть вывод: «отрицательный результат – тоже результат». Вследствие чего неопределенность закона должна определяться по количественному показателю разного правоприменения правовой нормы либо систематического при-

менения судами нормы права вопреки конституционному смыслу, выявленному Конституционным Судом РФ.

Примеры первого вида содержатся в «Путеводителе по судебной практике СПС «КонсультантПлюс».

Один из многочисленных примеров второго вида – реализация ч. 6 ст. 162 УПК РФ. Согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ ее положения не могут рассматриваться как позволяющие руководителю следственного органа неоднократно продлевать срок предварительного следствия, если в результате общая его продолжительность будет более чем на один месяц превышать указанные в частях четвертой и пятой данной статьи сроки, продление которых относится к его компетенции⁴. Однако суды общей юрисдикции признают законным бесчисленное установление срока предварительного следствия руководителем следственного органа каждый раз на один месяц. Так, в кассационном определении Пермского краевого суда от 24.11.2011 г. об отказе в удовлетворении жалобы на то, что после отмены постановлений о приостановлении предварительного следствия дважды срок следствия устанавливался руководителем следственного органа на один месяц, было указано, что норма ч.6 ст.162 УПК РФ неконституционной Конституционным Судом РФ не признавалась.

В особом мнении к названному определению Конституционного Суда РФ от 2 апреля 2009 г. №484-О-П судья А.Л. Кононов указывал, что попытки представить нарушение прав заявителей как явление случайное или нехарактерное, как эксцесс исполнителя – заведомо несостоятельны. Жалобы представлены из трех разных регионов, и их схожесть свидетельствует как раз об обратном. Следует присоединиться к мнению эксперта В.И. Крусса, что дефекты оспариваемой в данном деле нормы таковы, что не позволяют надеяться на ее единообразное системно-конституционное толкование и применение на практике.

Отсутствие единообразия в применении является объективным показателем неопределенности закона.

¹ См. также: Определение Конституционного Суда РФ от 19.05.2009 г. №575-О-О по аналогичной по содержанию жалобе // СПС «КонсультантПлюс».

² Определения Конституционного Суда РФ от 02.04.2009 г. №484-О-П, от 16.12.2010 г. №1580-О-О и др. // СПС «КонсультантПлюс».

³ Собрание законодательства РФ. 2011. №15. Ст. 2191.

⁴ Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 11 июля 2006 г. №352-О; от 17 октября 2006 г. №418-О и №420-О; от 16 ноября 2006 г. №547-О; от 15 мая 2007 г. №371-О-П; от 25 декабря 2008 г. №962-О-О; от 16 апреля 2009 г. №386-О-О; от 23 июня 2009 г. №895-О-О, от 23 сентября 2010 г. №1214-О-О; 19 октября 2010 г. №1412-О-О и др. // СПС «КонсультантПлюс».

В.П. Реутов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

О ПОНЯТИИ ПРАВОВОЙ (ЮРИДИЧЕСКОЙ) КОНСТРУКЦИИ

В настоящее время имеется значительное количество определений понятия «юридическая конструкция». Они отражают различные подходы к сущности этого явления. Анализируя специально данную проблему, М.Л. Давыдова выделила два основных подхода: один из них связывает конструкцию с доктринальным уровнем существования права, рассматривая ее как средство его познания, другой – акцентирует внимание на прикладном значении юридических конструкций, видя в них, в первую очередь, инструменты правотворческой техники, схемы, которые законодатель наполняет нормативным содержанием, «архитектурные элементы» нормотворчества. Автор исследования анализирует генезис данных подходов, иллюстрируя большим количеством примеров¹.

М.Л. Давыдова попыталась соединить оба названных подхода и на этой основе предложила следующее определение: «Юридическая конструкция – это разработанная доктриной и принятая юридическим научным сообществом идеальная модель, позволяющая теоретически осмыслить, нормативно закрепить, обнаружить в правовом тексте и в реальных юридических отношениях закономерную, исследовательскую, логическую взаимосвязь структурных элементов различных правовых явлений»².

Разумеется, это определение имеет право на существование. Но обращает на себя внимание тот факт, что на первом месте в определении стоит признание конструкции идеальной моделью. А идеальная модель «.. является формой отражения действительности. Юридическая конструкция создает-

ся в результате абстракции»³. (подчеркнуто автором. – *А.Ф. Чердынцевым*). Она служит формой отражения действительности⁴ и реально существует в виде системы познаваемых образов (понятий, суждений, умозаключений)⁵. Причем конструкция не может быть отождествлена с отдельным понятием. И здесь права М.Л. Давыдова, когда строго разграничивает понятие правонарушения и состава правонарушения. Во втором случае мы имеем целую систему связанных понятий и суждений о субъектах, объектах, содержании, характеризующих состав правонарушения⁶.

В связи со сказанным возникает, как минимум, две проблемы: можно ли говорить о структуре идеальной модели, если она суть система понятий и суждений, и другая – правы ли авторы, которые подчеркивают принципиальные различия юридических конструкций от иных идеальных моделей, использованных в процессе юридического познания («механизм правового регулирования», «реализация права» и т.п.)⁷.

Отвечая на первый вопрос, следует помнить, что юридическая конструкция как идеальная модель, используемая при регулировании общественных отношений, является, как уже отмечено, формой отражения действительности, результатом абстракции, образом общественных отношений. Поэтому вряд ли возможно говорить об их собственной структуре. Она лишь отражает структуру тех явлений, которые попадают в ее «поле зрения». И о функциях юридических конструкций как теоретических моделей можно, скорее всего, говорить лишь в плане их анализа как средств, способа познания правовой реальности⁸.

Что же касается второго вопроса, то, очевидно, следует признать, что юридическая конструкция, как идеальная модель, как способ (средство) познания, принципиально не отличается от других идеальных моделей, названных выше. Их роднит, прежде всего, общее назначение, познавательная роль.

Относительно другого подхода к юридическим конструкциям, названного в начале статьи, следует признать, что речь здесь идет уже, скорее, о другом явлении, пусть и тесно связанном с юридической конструкцией как идеальной моделью. А.Ф. Черданцев, назвавший эти конструкции нормативными, пишет, что между ними и юридической теоретической конструкцией нет четких граней, определяющих полностью одну от другой. Более того, в большинстве случаев они совпадают, составляют единство, выполняющее и гносеологическое, и нормативное предназначение⁹.

Но думается, что такое различие, все-таки, необходимо, хотя бы потому, что теоретическая конструкция, являясь итогом научных изысканий, может быть оторвана от реальности, произвольна, отражать субъективное отношение исследователя. Нормативная конструкция представляет собой итог, результат развития, зачастую длительного, определенный уровень согласия юристов. Примером может служить конструкция вины в уголовном праве. И противоположный пример: отсутствие единства в понимании роли вины в определении последствий в отдельных случаях причинения вреда в гражданском праве привело к непоследовательности и противоречивости действующих правовых норм. Во многом это итог отсутствия согласия среди юристов.

В связи с этим можно отметить, что причиной непризнания в законодательстве конструкции публичных юридических лиц является, скорее всего, отсутствие признанного подхода. По этой же причине серьезные трудности предстоят в связи с планируемым внедрением в законодательство конструкции узурфрукта и ряда других конструкций гражданского права.

Таким образом, получается, что есть два тесно связанных между собой явления: теоретические юридические конструкции и нормативные юридические конструкции. (Названия, естественно, достаточно условны). Можно, разумеется, сформулировать и общее определение, объединяющее эти два явления, в отдельное, единое. Но это будет определение, отражающее высокий уровень абстракции и включающее минимум объединяющих признаков.

Из определения, предложенного М.Л. Давыдовой, следует сохранить мысль о том, что определяющим (и объединяющим) признаком является признак, характеризующий правовую конструкцию как идеальную модель. Идеальную в том смысле, что она состоит из системы юридических понятий, идей, связанных между собой. Определяющее значение этого признака для любой конструкции достаточно убедительно показал В.Е. Хизов¹⁰. Необходимо в определении отметить и тот признак, который описывает предназначение любой доктрины – обнаружить, осмыслить, использовать в юридической деятельности закономерную, последовательную, логическую взаимосвязь структурных элементов различных правовых явлений.

Получается, что на основе сформулированного М.Л. Давыдовой определения правовой конструкции можно предложить примерно такое определение, которое охватывало бы и теоретические, и нормативные конструкции: правовая конструкция – это система идей и понятий, представляющих модель закономерной взаимосвязи структурных элементов различных правовых явлений.

Для определения теоретических и нормативных моделей следует сформулировать признаки, которые отражали бы специфику именно соответствующей модели, наряду с существованием общих признаков конструкции. Так, например, для теоретической конструкции необязательным является признак конвенциональной природы, называемый, почти всеми авторами. Конвенциональность остро необходима, как уже отмечено, для нормативных конструкций¹¹. Более того, для них обязательным является требование истинности, соответствия конструкции реально существующим отношениям и объективным потребностям их развития, что также отмечают многие авторы. Между тем, теоретические конструкции могут быть зачастую ложными или фиктивными, осознанно искажающими свойства реального объекта с целью моделирования нужного автору результата¹².

Можно также предположить, что для нормативных конструкций следует сформулировать также признаки, которые специально отражали бы их прикладное значение, способность придавать правовым актам четкость, логичность, последовательность, возможность фиксации юридических фактов и содействия решению проблем квалификации юридически значимых явлений.

Эту задачу следует решать только после обстоятельного изучения функций и структуры соответствующих конструкций.

¹ См.: Давыдова М.Л. Юридическая техника. Волгоград, 2009. С. 149–173.

² Там же. С. 152.

³ Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции. М., 2012. С. 230.

⁴ Доценко Т.А. Сущность юридических конструкций // Проблемы юридической техники. Нижний Новгород, 2000. С. 317.

⁵ Баранов В.М., Мареев Ю.Л. Юридические конструкции: сценарий компьютерного урока // Проблемы юридической техники. Нижний Новгород, 2000. С. 730.

⁶ Давыдова М.Л. Указ. соч. С. 158.

⁷ Пономарев Д.Е. Генезис и сущность юридической конструкции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. С. 16.

⁸ Тарасов Н.Н. Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы) // Российский юридический журнал. 2000 №3. С. 30.

⁹ Черданцев А.Ф. Указ. соч. С. 252.

¹⁰ Хизов В.Е. Юридическая конструкция как куманоид // Юридическая техника. Нижний Новгород. 2012. №6. С. 594.

¹¹ О значении конвенционального фактора см.: Юридическая техника / под ред. Т.Я. Хабриевой, Н.А. Власенко. М., 2009. С. 91.

¹² Баранов В.М., Мареев Ю.Л. Указ. соч. С. 735.

И.В. Самылов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ЭВОЛЮЦИЯ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ О КОЛЛЕКТИВНЫХ СУБЪЕКТАХ ПРАВА В XIX В. ПОД ВЛИЯНИЕМ ГЕРМАНСКОЙ ИСТОРИЧЕСКОЙ ШКОЛЫ

На протяжении XVII-XVIII вв. в европейской правовой доктрине господствовала естественно-правовая теория с присущим ей пониманием субъекта права как исключительно индивида, наделенного от природы свободой и разумом. Различные коллективные образования – корпорации, сословия, общественные союзы – воспринимались либо как составные части государства, либо как механические объединения индивидов, самостоятельной правоспособности не образующие. В ряде случаев такой индивидуалистический максимализм получил закрепление в важнейших правовых документах эпохи; так, французский Code Civil 1804 г. предоставляет гражданские права «каждому французу», тогда как коллективы, в том числе имеющие статус юридического лица, не рассматриваются в качестве правоспособных субъектов и вообще не упоминаются в кодексе.

Серьезные коррективы в понимание природы коллективных субъектов права были внесены в юридическую науку по мере утверждения в юриспруденции идей германской исторической школы. Во многом благодаря этой школе и порожденному ею движению пандектистов в европейской науке,

а также в законодательстве с начала XIX в. утверждается понятие юридического лица как полноправного субъекта права наряду с естественным индивидом. Одновременно прочно укрепляется традиция отождествления коллективного субъекта права с понятием юридического лица. По всей видимости, истоки этой традиции лежат в распространенной в то время методологии юриспруденции понятий. Своим основным источником пандектисты избрали *Corpus Juris Civilis*. Однако если римское право было в основном казуистичным, имело направленность на решение конкретных проблем, то германские юристы попытались из разрозненного и хаотического материала римского частного права создать единую систему, подчиняющуюся неким общим принципам, которых римские юристы совершенно не имели в виду, а зачастую – сознательно избегали. Социальные и практические проблемы при таком подходе отодвигались на задний план, главным предметом усилий было формулирование общих понятий, их систематическое изложение, выявление их внутренних логических связей. Пока формирование понятий служило инструментом познания права, такой метод давал весьма ценные результаты, но в этом был свой риск. Сам Савиньи предупреждал об опасности: «Мы не становимся господами этих понятий, напротив, они покоряют нас и ведут против нашей воли и зачастую без того, что мы знаем об этом». Отрыв понятий от их реального социального содержания приводил к созданию абстрактных, зачастую оторванных от жизни схем. Одной из таких схем, как представляется, стало в определенный момент понятие юридического лица.

Впервые теоретическое исследование этого понятия было предпринято немецким юристом Гейзе в первом десятилетии XIX в. Согласно его учению юридическое лицо есть вообще все, что в государстве признается за отдельный субъект прав. Абстрактность такого подхода очевидна изначально: субстратом такого лица может, по Гейзе, быть и отдельный человек, и союз многих людей, и вещи (земля как субъект сервитута; цельное имущество лица – фиск, наследство; имущественная масса, выделенная для определенной цели).

Решающее же влияние на юриспруденцию XIX в. в данном вопросе оказали труды главного идеолога исторической школы Карла Савиньи. В общих чертах его учение о коллективных субъектах состоит в следующем. Первоначальное естественное понятие лица или субъекта права совпадает с понятием человека; каждый отдельный человек и только человек правоспособен сам по себе. Лишь благодаря положительному праву естественное понятие лица модифицируется в ограничительном и расширительном плане: во-первых, некоторые люди лишаются правоспособности полностью или частично; во-вторых, правоспособность переносится на нечто, не являющееся отдельным человеком. Коллектив допускается к участию в правоотношениях лишь в качестве юридического лица. Юридическое лицо, при таком подходе, это искусственный, фиктивный субъект, признаваемый только в юридических целях. Будучи фиктивным, юридическое лицо не имеет сознания и воли и, следовательно, недееспособно. Недостаток дееспособности такого лица восполняется представительством, как при опеке над душевнобольными и малолетними. Дееспособностью, по сути, обладают лишь органы юридического лица, состоящие из людей. Однако их действия признаются за действия самого коллектива лишь в узких и строгих рамках гражданского оборота.

Концепция Савиньи в науке получила наименование теории олицетворения (персонификации) или фикции. Благодаря авторитету авторов теория олицетворения долгие годы служила основой для развития гражданского законодательства в Германии, Франции; легла в основу формирования судебной практики по спорам с участием корпораций в Англии и США и даже получила законодательное признание в кодексах некоторых латиноамериканских стран. В России теория персонификации получила поддержку в трудах двух авторитетнейших ученых-юристов XIX в.: К. Неволина и Д.И. Мейера. Популярность и широкое распространение теории фикции было предопределено универсальностью предложенного Савиньи подхода. Пандектисты сумели согласовать практические решения, известные со времен Древнего Рима, с современной теорией правоспособности, предложив универсальный способ, с помощью которого различные по природе союзы и иные правообразования вводятся в гражданский оборот. Благодаря этому влияние теории олицетворения сказывается и поныне, прежде всего в виде так называемой теории «персонифицированного имущества».

Следует также отметить, что именно под влиянием цивилистически ориентированных пандектистов в европейской науке сложилась традиция рассматривать юридическое лицо исключительно с частноправовых позиций, не уделяя внимания подходам, существующим в других отраслях права. В итоге понятие субъекта права (юридического лица) отождествляется с понятием имущественной пра-

воспособности; тогда как все прочие проявления правосубъектности коллективных образований остались за рамками исследования.

Интересно, что принципиальный подход Савиньи и его последователей был невольно воспринят также и многочисленными противниками теории фикции. Как известно, на почве критики теории фикции в науке XIX в. возникла целая научная традиция поиска сущности или «субстрата» юридического лица, в рамках которой было создано множество разнообразных конструкций (теории «целевого имущества», «социальной реальности», «персонифицированного интереса», «волевого единства», «союзной личности», «коллективного имущества» и др.). Характерно, что основным предметом споров между представителями различных направлений было не понимание самого по себе коллективного субъекта права, а – природа и сущность юридического лица – той самой абстрактной конструкции, появившейся в науке благодаря пандектистам.

Многолетняя дискуссия с участием лучших представителей юридической науки не привела к убедительной победе какого-либо подхода и к середине XX в. сошла на нет. Неудача данного научного направления, на наш взгляд, убедительно демонстрирует бесплодность споров о сущности юридического лица в отрыве от его реального социального наполнения, от природы субъекта права, скрывающегося за формой юридической личности; а также научный кризис принципиального подхода к исследованию субъектов права, предложенного пандектистами. Немецкие ученые, стремясь к единой стройной системе понятий, не учли того реального факта, что статус юридического лица признается правом за совершенно различными по своей внутренней природе образованиями; попытка одним абстрактным общим определением охватить все эти образования вряд ли может быть успешной.

II. КОНСТИТУЦИОННОЕ, МУНИЦИПАЛЬНОЕ, АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

Р.В. Бобринев

*Кемеровский филиал Российского государственного
торгово-экономического университета, г. Кемерово*

О НЕОБХОДИМОСТИ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ЗАКРЕПЛЕНИЯ НАЛОГОВОЙ ОПТИМИЗАЦИИ

Современный этап развития российской экономики остается сложным и противоречивым. Большое количество внутренних трудностей дополняется весьма неблагоприятными внешними факторами. Так, в условиях, когда страна еще не полностью восстановилась от первой волны мирового финансового кризиса, уже вплотную к границам России подкатывает следующая волна. Ее последствия для экономик ряда европейских стран оказались печальными: упали темпы экономического роста, увеличилась безработица, снизились налоговые доходы, вырос государственный долг. Антикризисные меры, вызвавшие негативную реакцию многих налогоплательщиков в этих странах, реализуются посредством отказа публичной власти от ряда социальных гарантий, повышением пенсионного возраста, и наконец, увеличением налогов. Этими мерами правительства пытаются сократить расходы и одновременно увеличить государственные доходы с целью выравнивания экономической ситуации.

Согласно основным направлениям налоговой политики Российской Федерации на 2011 год и на плановый период 2012 и 2013 годов, а также на 2012 год и на плановый период 2013 и 2014 годов увеличение уровня налоговой нагрузки, как за счет повышения налоговых ставок, так и за счет оптимизации существующей системы налоговых льгот и освобождений, может стать реальностью и в России. Очевидно, что налогоплательщики, равно как и государство, ощутившие на себе последствия еще не финансового кризиса, воспримут подобные шаги без энтузиазма.

Необходимой задачей в процессе осуществления налогообложения является соблюдение баланса между финансовыми интересами государства и налогоплательщиков. С одной стороны, это означает, что суммы денежных средств, законно изымаемых в пользу государства, не должны достигать размеров, при которых значительно ухудшалось бы материальное положение физических лиц и организаций, нарушались бы права и свободы человека, принципы государственной политики, провозглашенные Конституцией РФ. С другой стороны, суммы изъятий должны быть не ниже размеров, необходимых для реализации основных задач и функций государства, в первую очередь для осуществления мер социальной политики. Таким образом, необходимость поддержания указанного соотношения интересов обусловлена природой взаимоотношений общества и государства. Нарушение баланса, в зависимости от его степени, в перспективе может повлечь экономическую и социальную напряженность в стране.

Тем не менее, даже если руководству страны и удастся осуществить «мягкое» повышение налогового бремени, то снижение уровня доходов самих налогоплательщиков из-за кризисных явлений в экономике, вероятно, подтолкнет последних к более бережливому расходованию собственных средств. Ведь, чувство собственности, как справедливо утверждает А.В. Демин, является древнейшим инстинктом, причем инстинктом врожденным, а не приобретенным в процессе социальной адаптации¹. Защита своего имущества, в том числе и от государства, является сильнейшей мотивацией в деятельности любого человека. Причем, данная мотивация практически не зависит от степени его законопослушности: отрицательные эмоции возникают независимо от воли и желания человека. Предполагать иное, означает недооценку и отрицание существующей реальности².

Однако, как бы ни развивались события, вопрос об ужесточении финансовой дисциплины, направленной на сокращение (оптимизацию) расходов хозяйствующих субъектов, в том числе налоговых, может стать ключевым в их деятельности.

Не секрет, что государство само активно оптимизирует свои расходы. Наблюдая за этим хозяйствующие субъекты, в определенной мере копируют стиль государства. Однако существование специальных государственных органов и предусмотренных в законодательстве карательных мер не позволяют им безнаказанно и по собственному желанию изменять в сторону уменьшения объем выплачиваемых налогов. Поэтому им приходится предпринимать специальную активность - налоговую оптимизацию, которая не предполагает какого-либо нарушения закона со стороны хозяйствующего субъекта и позволяет не переплачивать в казну суммы обязательных платежей.

Еще в 2003 году право налогоплательщика на законную неуплату налога либо уменьшение его суммы было подтверждено Конституционным судом РФ³. Годом позже, в своем послании Федеральному собранию Президент РФ В.В. Путин отметил: «Важно разграничивать правомерную практику налоговой оптимизации от случаев криминального уклонения от налогов»⁴. Принципиальная возможность осуществления налоговой оп-

тимизации признана также в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 года №53⁵ и обоснована судебно-арбитражной практикой.

Таким образом, в силу признания высшей государственной, в том числе судебной властью права на налоговую оптимизацию, его следует признать неотъемлемым правом каждого налогоплательщика. Однако никакой законотворческой работы в этом направлении не проводится. Законодательство о налогах и сборах до сих пор не содержит определения понятия указанной дефиниции. Нет в нем и прямо закрепленного за налогоплательщиками права на осуществление налоговой оптимизации.

Вместе с тем, наличие нормативного определения налоговой оптимизации и установление ее правовых признаков необходимо всем участникам налоговых правоотношений. Представляется, что прямо закрепленное в Налоговом Кодексе право налогоплательщиков на оптимизацию налогов только укрепит авторитет власти, создаст у налогоплательщиков твердое ощущение заинтересованности государства в том, чтобы они не переплачивали налоги. Почувствовав это, налогоплательщики обязательных платежей не утратят интерес к ведению бизнеса, не уйдут в тень. Напротив, отказ государства от практики решения своих проблем посредством перекладывания обязанностей и расходов на плечи налогоплательщиков, позволит последним сохранить и в перспективе развить свою экономическую деятельность, создавать новые рабочие места, постепенно увеличивать отчисления в бюджетную систему страны в чем, в конечном итоге, и заинтересованно любое государство. Другими словами, легальная неуплата налогов или уменьшение их суммы не приведет к нарушению публичных интересов, а равно конституционных прав и свобод других налогоплательщиков. Тем не менее, осознавая указанные факторы, руководство страны дальше слов пока еще не продвинулось и продолжает демонстрировать «консерватизм» в этом важном для общества вопросе.

¹ Демин А.В. Полемиические заметки о предыстории налогов и налогообложения // Финансовое право. 2010. №5. С. 20.

² Брызгалин А.В. Налоговая оптимизация: принципы, методы, рекомендации, арбитражная практика. Екб., 2002. С. 9.

³ Постановление Конституционного суда РФ от 27 мая 2003 г. №9-П // Вестник КС РФ. 2003. №4.

⁴ Послание Президента РФ Федеральному Собранию Российской Федерации от 26 мая 2004 г. // Российская газета. 2004. 27 мая.

⁵ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 г. №53 // Вестник ВАС РФ. 2006. №12.

Е.Н. Григорьева

Белорусский государственный экономический университет, г. Минск

ПОНЯТИЕ И МЕСТО ФИНАНСОВОГО КОНТРОЛЯ В СИСТЕМЕ ПРАВОВЫХ КАТЕГОРИЙ

В настоящее время в юридической финансовой науке отсутствует единое представление о понятии «финансовый контроль». Также данная категория финансового права и законодательства до настоящего времени не подлежала легальному дефинированию на уровне белорусского национально-го законодательства. Тем не менее, актуальность доктринального и легального дефинирования рассматриваемой категории предопределяется развитием финансовых правоотношений. Н.И. Химичева дает общее понятие данной категории как «контроль за законностью и целесообразностью действий в области образования, распределения и использования государственных и муниципальных денежных фондов в целях эффективного социально-экономического развития страны в целом и ее регионов»¹. Е.Ю. Грачева под финансовым контролем предлагает понимать регламентированную нормами права деятельность государственных, муниципальных, общественных органов и организаций, иных хозяйствующих субъектов по проверке своевременности и точности финансового планирования, обоснованности и полноты поступления доходов в соответствующие фонды денежных средств, правильности и эффективности их использования². Ю.М. Воронин полагает, что финансовому контролю характерна двойственная природа: во-первых, он выполняет одну из функций государственного управления; во-вторых, отражает процесс распределения, перераспределения и использования части стоимости валового внутреннего продукта движение финансовых ресурсов, которое реализуется через контрольно-ревизионную и экспертно-аналитическую деятельность органов и агентств государственного финансового контроля³. А.А. Вишневский определяет финансовый контроль как основную форму государственного контроля, который заключается в проверке законности и эффективности действий, связанных с образованием, распределением и использованием денежных средств и ресурсов⁴, что не соответствует общепринятому представлению в теории финансового права о системе финансового

контроля, состоящей из таких структурных единиц (подсистем) как государственный, ведомственный, внутрихозяйственный, независимый и общественный контроль. Белорусский ученый-экономист Н.Е. Заяц рассматривает финансовый контроль как целенаправленную деятельность уполномоченных органов по обеспечению выполнения субъектами хозяйствования установленных форм и методов реализации финансовых отношений, анализу их эффективности и разработки предложений по их совершенствованию⁵. Е.А. Ровинский, определяя «новые моменты» в развитии института финансового контроля, отмечал, что «его основным содержанием стала финансово-экономическая контрольная деятельность, которая заключается в сочетании форм и методов финансового контроля с глубоким изучением и знанием конкретного состояния хозяйственной и финансовой деятельности проверяемого объекта»⁶. Как подчеркивает автор, «имеющийся в этой области опыт показывает, что предпринимаемая финансовыми органами финансово-экономическая контрольная работа делает более действенным и эффективным институт финансового контроля в укреплении финансовой дисциплины и стимулировании роста экономики»⁷. Следует согласиться Ю.Г. Клещенко, М.М. Савченко о том, что финансовый контроль обычно рассматривают в двух аспектах: 1) как регламентированную деятельность специально созданных контролирующих органов за соблюдением финансового законодательства и финансовой дисциплины; 2) как неотъемлемый элемент управления финансами и денежными потоками на макро- и микроуровне с целью обеспечения целесообразности и эффективности финансовых операций⁸.

В научной юридической литературе общепринято, что финансовый контроль включает в себя следующие элементы: контроль за исполнением государственного бюджета и нижестоящих бюджетов в зависимости от административно-территориального деления государства; контроль за состоянием внешнего и внутреннего долга; государственных резервов⁹. Кроме того, финансовый контроль представляет собой контроль за организацией денежного обращения, использованием государственных кредитных ресурсов, предоставлением финансовых и налоговых льгот, финансовой эффективностью использования государственной собственности, переданной хозяйствующим субъектам в той или иной форме, обращением государственных финансовых средств в кредитно-финансовых организациях. Наряду с государственным, ведомственным, внутрихозяйственным, независимым, общественным контролем в настоящее время принято выделять такой вид финансового контроля как аудит эффективности, под которым предлагается понимать осуществление проверки деятельности органов государственной власти в области эффективного и рационального использования бюджетных средств¹⁰.

Таким образом, финансовый контроль многообразен, осуществляется значительным количеством субъектов финансовых правоотношений. Его специфика заключается в том, что, во-первых, он возникает в ходе деятельности государства в финансовой сфере, во-вторых, одним из субъектов этих контрольных правоотношений в обязательном порядке выступает государственный орган или уполномоченное на то лицо и, в-третьих, он всегда касается финансовых ресурсов государства¹¹. Отсутствие общепринятого легального понятия «финансовый контроль» препятствует формированию понятийно-категориального аппарата финансового права, определению его видового состава что, в свою очередь, вызывает ряд трудностей при регулировании общественных отношений в его области, а также необходимость разработки и закрепления понятия «финансовый контроль» на уровне законодательства.

¹ Химичева, Н.И. Финансовое право / Н.И.Химичева. 3-е изд. М. : Юристъ, 2003. С. 123.

² Финансовое право: учебник / отв. ред. Е.Ю. Грачева, Г.П. Толстопятенко. М.: Проспект, 2004. с. 37–38.

³ Воронин, Ю.М. Государственный финансовый контроль: вопросы теории и практики / Ю.М. Воронин. М., 2005. С. 44.

⁴ Вишневский, А.А. Декларирование доходов, имущества и источников денежных средств как метод финансового контроля // Современные проблемы правопедения: сб. науч. тр. / под ред. Г.Б. Шишко. Минск: УО БГЭУ. 2011. С. 38–48.

⁵ Теория финансов: учеб. пособие / Н.Е. Заяц, М.К. Фисенко, Т.Е.Бондарь и др. 2-е изд., стереотип. Минск. Выш. шк.. 1998. С. 182.

⁶ Советское финансовое право / под ред. Е.А. Ровинского. 3-е изд. М. : Юрид. лит., 1978. С. 50.

⁷ Там же. С. 51.

⁸ Клещенко, Ю.Г. Савченко М.М. Финансовый контроль как один из факторов обеспечения финансовой безопасности // Финансовое право. 2009. №5. С. 12

⁹ Вишневский, А.А. Значение финансового контроля в становлении правовой системы Республики Беларусь // Современные проблемы правопедения: сб. науч. тр. / под ред. Г.Б. Шишко. Минск: УО БГЭУ, 2011. С. 158.

¹⁰ Курлыпо А. Аудит эффективности. Новый этап в осуществлении контрольной деятельности // Государственный контроль. 2012. №1. С. 57–59; Маров Д. Кредитные истории. Выявление недостатков через аудит эффективности // Государственный контроль. 2011. №2. С. 37–38.

¹¹ Демидов, М.В. Субъекты и объекты парламентского финансового контроля // Российская юстиция. 2009. №5. С. 36.

А.С. Комягина

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ О ФИНАНСОВОЙ СОСТАВЛЯЮЩЕЙ ПЕРЕДАЧИ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПОЛНОМОЧИЙ МЕЖДУ ФЕДЕРАЛЬНЫМИ ОРГАНАМИ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ И ОРГАНАМИ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В соответствии с ч. 3 ст. 5 Конституции Российской Федерации одним из принципов федеративного устройства Российской Федерации является разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации¹.

Базовым законодательным актом, разграничивающим полномочия федеральных органов и органов государственной власти субъектов, является Федеральный закон от 6 октября 1999 года №184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (далее – Федеральный закон №184-ФЗ)², в котором устанавливаются принципы разделения государственной власти.

Действующее российское законодательство закрепляет возможность осуществления Российской Федерацией, как собственных полномочий, так и переданных полномочий с регионального уровня, а также возможность осуществления субъектами Российской Федерации, как собственных полномочий, так и переданных полномочий с федерального уровня.

Передача осуществления полномочий возможна двумя способами: путем принятия федерального закона или посредством заключения соглашений о передаче полномочий.

Следует отметить, что практика федеративного строительства в части заключения соглашений о передаче осуществления полномочий складывается таким образом, что федеральные органы исполнительной власти используют «безденежную» модель передачи полномочий.

В ч. 2 ст. 26.8 Федерального закона №184-ФЗ в качестве одного из существенных условий заключаемых соглашений установлено обязательное определение условий и порядка передачи осуществления части полномочий, в том числе порядок финансирования. Это является общей нормой применительно к соглашениям о передаче осуществления полномочий с уровня федерального на региональный и с уровня регионального на федеральный.

Однако применительно к случаю передачи осуществления полномочий от органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации к федеральным органам исполнительной власти предусмотрена специальная норма. Абз. 2 ч. 1 ст. 26.8 Федерального закона №184-ФЗ гласит: «Исполнительные органы государственной власти субъекта Российской Федерации по соглашению с федеральными органами исполнительной власти могут передавать им осуществление части своих полномочий с передачей необходимых материальных и финансовых средств, если это не противоречит конституции (уставу), законам и иным нормативным правовым актам субъекта Российской Федерации».

Заметим, что специальной конкретизирующей нормы финансового обеспечения переданных полномочий для случая передачи осуществления полномочий от федеральных органов государственной власти к органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации не предусмотрено.

Вышесказанное позволяет прийти к выводу о необходимости более детальной проработки вопроса о финансовой составляющей передачи осуществления полномочий с федерального на региональный уровень посредством заключения соглашений. Прежде всего, необходимо определить, в какой форме передавать соответствующие финансовые средства, направленные на обеспечение исполнения переданных полномочий.

Бюджетное законодательство Российской Федерации различает несколько форм передачи финансовых средств между уровнями бюджетов в форме межбюджетных трансфертов.

Дотации являются разновидностью межбюджетных трансфертов, предоставляемых на безвозмездной и безвозвратной основе без установления направлений и (или) условий их использования, применяются для выравнивания бюджетной обеспеченности, носят нецелевой, безвозмездный характер. Субсидии передаются по принципу софинансирования, носят целевой характер. Субвенции являются разновидностью межбюджетных трансфертов, применяемых в целях финансового обеспечения расходных обязательств, возникающих при выполнении полномочий. На наш взгляд, единственно возможной формой передачи финансовых ресурсов в данном случае являются субвенции.

В случае передачи осуществления полномочий посредством заключения соглашений, представляется возможным применение по аналогии правила, предусмотренного законодательством для случая передачи осуществления полномочий федеральными законами.

В данном случае, когда на все субъекты РФ в равной мере передаются полномочия федеральных органов исполнительной власти согласно ч. 7 ст. 26.3 Федерального закона №184-ФЗ, из создаваемого в составе федерального бюджета федерального фонда компенсаций передаются субвенции на осуществление органами государственной власти субъекта Российской Федерации переданных полномочий субъекту Российской Федерации.

Согласно ст. 133 Бюджетного кодекса Российской Федерации³ субвенции бюджетам субъектов Российской Федерации из федерального бюджета распределяются в соответствии с методиками, утверждаемыми Правительством Российской Федерации. В основу методик для определения объема финансовых ресурсов заложены объективные показатели, такие как численность населения, количество потребителей соответствующих бюджетных услуг, стоимость предоставления таких услуг.

Представляется возможным применить схему финансового обеспечения, имеющую место в случае передачи осуществления полномочий посредством принятия федерального закона для случая передачи осуществления полномочий посредством заключения соглашений о передаче осуществления полномочий. Целесообразно закрепить в федеральном законе общие требования об определении источника финансирования (наиболее подходящий вариант – субвенции), закрепить на уровне постановления Правительства методику определения общего объема средств передаваемых бюджетам субъектов Российской Федерации в случае передачи осуществления полномочий.

¹ Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 года (ред. от 30.12.2008) // «Российская газета». 25.12.1993. №257

² Федеральный закон от 06.10.1999 № 184-ФЗ (ред. от 02.05.2012) «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // «Собрание законодательства РФ». 18.10.1999. № 42. ст. 5005

³ Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ (ред. от 28.07.2012) // «Собрание законодательства РФ». 03.08.1998. № 31. ст. 3823.

С.С. Осетров

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПАРЛАМЕНТСКОЕ РАССЛЕДОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ (ПРЕДСТАВИТЕЛЬНЫХ) ОРГАНОВ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Конституционный принцип разделения властей требует создания действенной системы сдержек и противовесов, обеспечивающих взаимный контроль ветвей власти. Являясь элементом механизма сдержек и противовесов, институт парламентского контроля направлен на недопущение произвола исполнительной власти.

Одной из форм парламентского контроля, как на федеральном, так и на региональном уровне является парламентское расследование. Парламентское расследование законодательного (представительного) органа субъекта Российской Федерации может быть определено как деятельность специально созданной депутатской комиссии для выяснения фактов и обстоятельств, представляющих большую общественную значимость для населения субъекта Российской Федерации и носящих негативный характер, а также для выяснения причин и условий их возникновения.

Вместе с тем представляется, что действующее нормативное регулирование парламентских расследований в субъектах Российской Федерации не позволяет в полной мере достигать целей, стоящих перед парламентскими расследованиями. Представляется возможным выделить ряд факторов, препятствующих эффективному использованию парламентских расследований.

Во-первых, усилившееся влияние политических партий на разные ветви власти влечет недейственность традиционных контрольных механизмов¹. Особенно ярко влияние политических партий проявляется в условиях, когда парламентское большинство и высшее должностное лицо являются членами или сторонниками одной

и той же партии. В случае рассмотрения вопроса о проведении парламентских расследований, предметом которых будет являться исполнение своих обязанностей региональной исполнительной властью, парламентское большинство может препятствовать инициативе малочисленных депутатских объединений. В такой ситуации интерес большинства населения субъекта федерации фактически может быть представлен парламентским меньшинством. Представляется, что решением обозначенной проблемы может явиться предоставление парламентскому меньшинству права инициировать проведение парламентского расследования без одобрения большинством голосов депутатов.

Во-вторых, в целях предупреждения возможных споров о компетенции комиссии парламентского расследования, целесообразно конкретизировать перечень полномочий членов комиссии парламентского расследования, путем закрепления их прав и корреспондирующих им обязанностей проверяемых должностных лиц, лиц привлекаемых к проведению проверки.

В третьих, в целях обеспечения достоверности и полноты собранной комиссией информации, составляющих основу и необходимое условие для объективного заключения о причинах негативных обстоятельств, составляющих предмет расследования, необходимо обеспечить беспристрастность привлеченных государственных служащих. Предоставление последним специальных правовых и материальных гарантий может послужить достижению указанной цели.

В-четвертых, так как члены Комиссии, сотрудники аппарата законодательного органа могут не обладать всеми необходимыми специальными знаниями для разрешения вопросов, стоящих перед комиссией, целесообразным представляется определить процедуру привлечения авторитетных экспертов в отдельных областях знаний для ответа на вопросы, возникающие в ходе парламентского расследования.

В-пятых, необходимо отметить, что в субъектах РФ, образованных путем объединения края или области с автономным округом, помимо названных проблем нередко не обеспечивается должный учет интересов населения округа при расследовании обстоятельств, связанных с жизнедеятельностью округа. Представляется, что проблема может быть решена путем введения правила об обязательном включении депутатов, избранных населением округа, в состав комиссии парламентского расследования, в случае, если в предмет расследования входят вопросы, затрагивающие интересы населения округа.

Наконец, фактором, препятствующим достижению целей парламентских расследований, является отсутствие механизма обязательного информирования населения субъекта об итогах парламентского расследования. Вместе с тем, доведение результатов парламентского расследования до сведения населения является специфической формой политической ответственности должностных лиц, допустивших возникновение негативных обстоятельств, ставших основанием для проведения парламентского расследования. Представляется целесообразным закрепить обязательное опубликование сведений о фактах, установленных комиссией в ходе проведенного парламентского расследования, оставляя право давать оценку тем или иным событиям, решать вопрос о принятии тех или иных постановлений, направленных на устранение последствий негативных событий законодательному органу в целом.

¹ Блажич Н.И. Модели разделения властей в правовом государстве. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2004.

А.С. Телегин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ ЗАДЕРЖАНИЯ ОРГАНАМИ ПОЛИЦИИ

Среди органов государства, наделенных правом применения мер административного принуждения, особое место занимает полиция, что определяется ее ролью в обеспечении общественного порядка и общественной безопасности.

Административно-принудительные меры предполагают психическое и физическое воздействие на сознание и поведение лица, совершающего или совершившего противоправное деяние, для обеспечения исполнения им установленных правил. Поэтому названные меры должны применяться строго в соответствии с законодательством. Однако нормативная основа административного принуждения очень широка. Это обусловлено тем, что согласно ст. 72 Конституции административное и административно-процессуальное право отнесены к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов. Именно поэтому основания и порядок применения мер административного принуждения регламентированы не только законами, но и подзаконными актами: положениями, инструкциями, правилами и т.п., которые утверждаются Указами Президента РФ, Постановлениями Правительства РФ, а также другими федеральными и региональными органами исполнительной власти.

Административное принуждение включает в себя разнородные по характеру и целевому назначению меры, которые традиционно подразделяются на четыре группы: меры административного предупреждения, меры пресечения, меры наказания и меры обеспечительного характера¹.

Наиболее часто в деятельности полиции используется задержание, которое как мера принудительного воздействия на правонарушителей применяется для прекращения противоправного поведения, устранения его вредных последствий и создания необходимых условий для привлечения виновного к ответственности. Учитывая, что задержание сопряжено с кратковременным ограничением свободы личности, выражающимся, во-первых, в ограничении свободы передвижения и, во-вторых, в водворении в специально отведенное для этого помещение органов полиции, законодательная регламентация порядка его реализации должна быть предельно детальной и исчерпывающей.

По своей природе задержание имеет двойственный характер. Оно призвано обеспечить, с одной стороны, как пресечение, так и возможность привлечения виновного к ответственности (если задержание производится во время совершения правонарушения), а с другой – только привлечение нарушителя к ответственности (если проступок уже совершен). Таким образом названная мера может носить как пресекательный, так и обеспечительный характер.

Задержание граждан весьма распространенная мера. В соответствии с федеральным законом от 7 февраля 2011 г. «О полиции» сотрудники полиции имеют право задерживать:

- а) лиц, совершивших административное правонарушение;
- б) лиц, подозреваемых в совершении преступления, а также лиц, в отношении которых мерой пресечения избрано заключение под стражу – в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством;
- в) лиц, совершивших побег из – под стражи, лиц, уклоняющихся от отбывания уголовного наказания либо не прибывших к месту отбывания наказания в установленный срок – до передачи их соответствующим органам или учреждениям;
- г) лиц, уклоняющихся от отбывания административного наказания и в виде административного ареста – до передачи их в места отбывания административного ареста;
- д) лиц, уклоняющихся от исполнения назначенных им судом принудительных мер медицинского или воспитательного характера;
- е) лиц, незаконно проникнувших либо пытавшихся проникнуть на охраняемые объекты – до выяснения личности, но не более трех часов;
- ж) лиц, находящихся в розыске – до передачи соответствующим органам или должностным лицам;
- з) военнослужащих и лиц, призванных на военные сборы подозреваемых в совершении преступления, – до передачи их военным патрулям, военному коменданту, командирам воинских частей или военным комиссарам;
- и) лиц, допустивших нарушение правил комендантского часа, и др.².

Личное задержание граждан наиболее часто применяется в целях пресечения административного правонарушения, обеспечения правильного и своевременного рассмотрения дела об административном правонарушении и исполнения вынесенного по делу постановления.

Общим основанием задержания служит совершение административного правонарушения. Однако этого недостаточно, так как в соответствии со ст. 27.3 КоАП РФ задержание применяется лишь в исключительных случаях. В качестве дополнительных оснований могут выступать: наличие сведений о возможности продолжения противоправного деяния; стремление нарушителя уклониться от ответственности (например, попытка скрыться); необходимость обеспечения своевременного рассмотрения дела. Вместе с тем анализ материалов практики свидетельствует, что в 28% изученных протоколов о задержании по существу не отражены мотивы задержания, указана лишь общая цель «установление личности и составление протокола об административном правонарушении. В связи с этим достоверно установить непосредственные основания задержания в каждом конкретном случае невозможно, а, следовательно, невозможно оценить законность действий сотрудников полиции, осуществивших задержание. В подобной ситуации можно обойтись и без применения задержания, путем реализации такой обеспечительной меры как доставление (ст. 27.2 КоАП РФ).

По юридической природе доставление, имея много общего с административным задержанием, существенным образом отличается от него.

Во-первых, в отличие от доставления, представляющего собой принудительное препровождение лица к месту разбирательства, под административным задержанием понимается принудительное ограничение свободы и передвижения правонарушителя с содержанием последнего в помещении, специально оборудованном для этих целей.

Во-вторых, доставление всегда предшествует административному задержанию, хотя последнее не является обязательным во всех случаях. Административное доставление применяется во всех случаях совершения правонарушения, когда обязательно составление протокола, но невозможно его составить на месте.

Вместе с тем представляется необходимым нормативное разграничение доставления и задержания. Это может быть сделано путем четкого указания в ст. 27.3 КоАП РФ оснований применения административного задержания граждан, как это было сделано в свое время в ст. 241 КоАП РСФСР.

Право административного задержания граждан принадлежит практически всем сотрудникам полиции. Для этого не требуется согласия либо санкции государственных органов или должностных лиц и предварительного принятия специального постановления.

Для обеспечения конституционной гарантии прав личности важное значение имеет надлежащее процессуальное оформление применения рассматриваемой меры. Так, в соответствии с ч. 4 ст. 5 закона «О полиции» сотрудники полиции при задержании обязаны разъяснить гражданину причину и основание применения такой меры, а также возникающее в связи с этим права: на юридическую помощь, на услуги переводчика, на уведомление близких родственников или близких лиц о факте его задержания, на отказ от дачи объяснения.

Задержанное лицо в кратчайший срок, но не позднее трех часов с момента задержания, имеет право на один телефонный звонок в целях уведомления близких родственников о своем задержании и месте нахождения.

О задержании несовершеннолетнего уведомление его родителей или лиц, их заменяющих, обязательно.

КоАП РФ предусматривает обязательное составление протокола об административном задержании, в котором указываются: фамилия, имя, отчество, год рождения, место жительства, учебы, работы, должность задержанного, время и мотивы задержания, а также сведения о лице, осуществляющем задержание. При этом задержанному по его просьбе должна быть вручена копия протокола.

Задержанные лица содержатся в специально отведенных для этого помещениях органов полиции (комнатах для задержанных). Условия содержания задержанных лиц, нормы питания и порядок медицинского обслуживания определяются Правительством Российской Федерации³.

Вместе с тем существуют категории граждан, в отношении которых не может быть применена рассматриваемая мера принуждения. Не подлежат административному задержанию иностранные граждане, пользующиеся дипломатическим иммунитетом и предъявившие в подтверждение этого соответствующий документ (дипломатический паспорт, дипломатическую или консульскую карточку и т.п.). В соответствии с законом РФ от 26 июня 1992 г. «О статусе судей Российской Федерации» не могут быть подвергнуты задержанию судьи. Пункт 5 ст. 16 названного закона устанавливает: «Судья не может быть в каком бы то ни было случае задержан, а равно принудительно доставлен в какой бы то ни было государственный орган в порядке производства по делам об административных правонарушениях». Аналогичное положение о недопустимости задержания прокурора и следователя содержится в п. 2 ст. 42 Федерального закона от 17 ноября 1995 г. «О прокуратуре Российской Федерации».

В особом порядке может быть осуществлено задержание депутатов представительных органов. Так, члены Совета Федерации и депутаты Государственной Думы Федерального Собрания РФ не могут быть подвергнуты административному задержанию без согласия соответствующей палаты⁴. Аналогичный порядок применяется в отношении депутатов законодательных (представительных) органов субъектов РФ⁵.

В правовых нормах достаточно четко регламентирована продолжительность задержания в административном порядке. В соответствии с общими положениями лицо, совершившее административное правонарушение, может быть задержано на срок, необходимый для установления личности, выяснения обстоятельств проступка и производства иных процессуальных действий, но не более трех часов.

Срок задержания исчисляется с момента доставления нарушителя в служебное помещение органа милиции, а не с момента фактического задержания и препровождения задержанного с места совершения нарушения. Однако на практике нередки случаи, когда срок задержания исчисляется с момента составления протокола о задержании, хотя лицо, доставленное за правонарушение, уже находилось в течение определенного времени в отделе милиции⁶.

Особый порядок исчисления срока административного задержания установлен для лиц, находящихся в состоянии опьянения. Время их нахождения до вытрезвления в органе внутренних дел или

в медицинском вытрезвителе в срок задержания не засчитывается. Этот срок исчисляется лишь с момента их вытрезвления.

В зависимости от обстоятельств и характера совершенного правонарушения действующее законодательство предусматривает и иные более длительные сроки административного задержания.

Так, лица, допустившие нарушения установленного режима государственной границы, порядка пребывания на территории Российской Федерации, таможенных правил, совершившие административные правонарушения во внутренних морских водах, в территориальном море, на континентальном шельфе, либо в исключительной экономической зоне, могут быть задержаны на срок до 48 часов.

На такой же срок задерживаются лица, совершившие административные правонарушения, за которые в качестве меры наказания может быть назначен административный арест (ст. 27.5 КоАП РФ).

В местностях, в которых введено чрезвычайное положение, граждане, нарушающие правила комендантского часа, задерживаются до окончания этого часа, а граждане, не имеющие при себе документов, удостоверяющих личность, – до трех суток⁷.

Вместе с тем плохо, что в КоАП РФ не предусмотрена статья, регламентирующая основания и порядок освобождения административно задержанного.

Несовершеннолетние, совершившие административные правонарушения, если их личность не установлена либо они не имеют места жительства, места пребывания на территории субъекта РФ, где ими был совершен проступок, могут быть задержаны и помещены в центры временной изоляции несовершеннолетних правонарушителей органов внутренних дел на срок до 30 суток. О помещении в центр несовершеннолетнего правонарушителя незамедлительно, но не позднее 24 часов уведомляется прокурор. В течение трех суток после помещения несовершеннолетнего в центр материалы направляются в суд для решения вопроса об их дальнейшем содержании или освобождении⁸.

Таким образом, основания и порядок применения задержания весьма разнообразны. Поэтому в целях совершенствования его правовой регламентации представляется целесообразным принятие единого нормативного акта, который бы урегулировал все вопросы, связанные с применением данной меры процессуального принуждения. Это послужит дополнительной гарантией неприкосновенности личности и будет способствовать дальнейшему укреплению законности.

¹ О классификации мер административного принуждения см.: Бахрах Д.Н. Административное право России. М., 2000. С. 440–449; Каплунов А.И. Меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении в системе мер административного принуждения // Актуальные проблемы применения Кодекса РФ об административных правонарушениях. Омск, 2004. С. 90–97; Макарейко Н.В., Теплухин В.В. Административное пресечение как средство обеспечения экономической безопасности. Н. Новгород, 2005. С. 38–48.

² Рос.газета. 2011.8 фев.

³ СЗ РФ. 2003. №42. Ст.4047, 2005. №7. Ст.560.

⁴ СЗ РФ. 1994. №2. Ст.74.

⁵ СЗ РФ. 1999. №472. Ст.5505.74.

⁶ См.: Гапонов О.Н. Институт доставления: проблемы процессуального порядка реализации // Административное и административно-процессуальное право: актуальные проблемы. М. 2006. С. 268–269.

⁷ СЗ РФ. 2001. №23. Ст. 2277.

⁸ СЗ РФ. 1999. №26. Ст. 3177.

Д.М. Худолей

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА

Избирательный процесс – одна из наиболее спорных категорий избирательного права России. Многие ученые под избирательным процессом понимают комплекс упорядоченных действий (мероприятий) по организации и проведению выборов, в этом смысле процесс подразделяется на определенные стадии¹. Изложенное выше определение, например, содержалось в прежней редакции избирательного кодекса Свердловской области. Однако на данный момент ни в федеральном, ни в региональном избирательном законодательстве не содержится нормативное определение категории «избирательный процесс». Более того, некоторые отечественные ученые выступают за изменение традиционного понимания указанной категории.

Так, в частности, Ю.А. Веденеев, С.Д. Князев считают, что избирательный процесс – комплекс правоотношений, существующих в ходе подготовки и проведения выборов; отдельные правоотношения объединяются в определенные стадии. Эта точка зрения, на наш взгляд, заслуживает своего признания, так как те или иные избирательные действия уполномоченных органов государства, избирательных комиссий, кандидатов, избирателей, составляющие избирательный процесс, в свою очередь, являются материальным содержанием правоотношений, в которых реализуются избирательные права (такой вывод можно сделать после анализа легального определения избирательных прав граждан, содержащегося в п. 28 ст. 2 Закона «Об основных гарантиях...»). Так, на стадии выдвижения кандидатов реализуется право участвовать в выдвижении кандидатов (списков кандидатов), на стадии осуществления предвыборной агитации – право участвовать в ее осуществлении.

Такой подход к пониманию избирательного процесса стал постепенно признаваться законодателем и судебной практикой. Например, Конституционный Суд РФ в п. 3 мотивировочной части определения «По делу о толковании ст. 81 (ч. 3) и п. 3 Раздела второго «Заключительные и переходные положения» Конституции Российской Федерации» №134-О от 15 ноября 1998 г.² указал, что процесс проведения и организации выборов включает определенные отношения. Данные отношения регулируются нормами права (положениями объективного избирательного права).

В п. 9 мотивировочной части Постановления №10-П от 7 июня 2000 г.³ Конституционный Суд РФ также пояснил, что избирательные права определяют содержание избирательного процесса, процесса проведения выборов. В теории права практически всеми учеными признается, что юридическим содержанием правоотношений являются субъективные права и корреспондирующие им юридические обязанности. В законах, судебных решениях используется категория «участник избирательного процесса», признается, что участники избирательного процесса обладают правами и обязанностями, которые реализуются на конкретных стадиях избирательного процесса. Безусловно, категория «участник избирательного процесса» тождественна другой категории – «участник избирательных правоотношений». Все это свидетельствует о том, что избирательный процесс следует понимать как совокупность материальных и процессуальных избирательных отношений, урегулированных нормами избирательного права (в объективном значении).

Стоит отметить, что многие отечественные процессуалисты придерживаются точки зрения, что процесс – это система процессуальных правоотношений (особых отношений, правовое регулирование которых отличается высокой степенью формализованности; юридическое содержание процессуальных правоотношений – это процессуальные права и корреспондирующие им обязанности участников процесса, фактическое содержание – процессуальные действия)⁴. Однако, на наш взгляд, избирательный процесс – не есть процесс в полном смысле этого слова, поскольку его содержанием являются, в том числе, материальные права, что нехарактерно для гражданского, арбитражного, уголовного процессов.

Далее, для выделения стадий избирательного процесса не характерен хронологический критерий. Так, сразу же после опубликования решения о назначении выборов граждане вправе выдвигать свои кандидатуры. При этом законодатель разрешает еще до регистрации в качестве кандидата выдвинутым кандидатам осуществлять в ограниченном объеме предвыборную агитацию (например, при сборе подписей в свою поддержку может проводиться пикетирование). Также еще до своей регистрации выдвинутые кандидаты вправе назначить в соответствующую избирательную комиссию своего представителя в качестве члена избирательной комиссии с правом совещательного голоса. При этом финансирование избирательной кампании кандидата также начинается с момента выдвижения (кандидат создает избирательный фонд и вправе принимать пожертвования от физических и юридических лиц). В случае отказа в регистрации гражданин вправе обжаловать решение в вышестоящей избирательной комиссии. Таким образом, в один и тот же момент времени совершаются избирательные действия сразу же из нескольких стадий процесса – стадий формирования избирательных комиссий, выдвижения и регистрации кандидатов, осуществления предвыборной агитации, финансирования выборов, разрешения избирательных споров. Следовательно, стадии избирательного процесса не обладают свойством стадийности, они не следуют за собой как стадии уголовного процесса.

В силу этого мы считаем, что избирательный процесс – совокупность материальных и процессуальных правоотношений. Юридическое содержание данных правоотношений – материальные и процессуальные избирательные права, а также корреспондирующие им юридические обязанности. Фактическое содержание избирательных правоотношений – избирательные действия, т.е. поведение участников избирательного процесса в форме действия или бездействия. Нетрудно заметить, что избирательный процесс в нашей интерпретации – это не что иное, как избирательная система в широком значении. К сожалению, широкий подход к пониманию категории «избирательная система» гос-

подствовал в науке в советское время. В настоящее время данная категория понимается в узком значении – методика определения избранного кандидата, кандидатов; алгоритм распределения депутатских мандатов. Категория «избирательный процесс» появилась в юридической науке более тридцати лет назад, к настоящему дню она потеряла свое значение. Стоит констатировать, что избирательный процесс не является разновидностью юридического процесса. Проще говоря, наименование категории абсолютно не соответствует своему содержанию. В силу сказанного мы выступаем за отказ от использования данной категории в научной литературе и за ее замену более адекватной – «избирательная система».

¹ Веденеев Ю.А., Катков Д.Б., Корчиго Е.В. Избирательное право. М., 2001. С. 23; Краснов К.В. Субъекты избирательного процесса в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 11.

² Вестник Конституционного Суда РФ. 1999. №1.

³ Вестник Конституционного Суда РФ. 2000. №5.

⁴ См.: Мозолин В.П. О гражданско-процессуальном правоотношении // Советское государство и право. 1955. №6. С. 56; Авдеенко Н.И. Механизмы и пределы регулирующего воздействия гражданского процессуального права. Л., 1969. С. 46; Уголовный процесс / под ред. В.П. Божьева. М., 2002. С. 8; Гражданский процесс / под ред. В.В. Яркова. М., 2004. С. 6.

К.М. Худолей

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ПРИНЦИПЫ ОРГАНИЗАЦИИ ПРОКУРАТУРЫ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ СНГ И БАЛТИИ

Как правило, нормы, посвященные организации прокуратуры в зарубежных странах СНГ и Балтии, расположены в разделах конституций о судебной власти (Казахстан, Литва, Армения, Азербайджан). Считаем, что это вряд ли правомерно, т.к. прокуратура правосудие не осуществляет, а только содействует ее осуществлению и является особым органом исполнительной власти. В большинстве стран прокуратура является самостоятельным органом власти, в то время как в некоторых только входит в состав министерства юстиции (Грузия, Эстония).

Основные полномочия прокуратуры предусмотрены в конституциях зарубежных стран СНГ и Балтии. Так, согласно ст. 121 Конституции Украины на прокуратуру Украины возлагается:

- 1) поддержание государственного обвинения в суде;
- 2) представительство интересов гражданина или государства в суде в случаях, определенных законом;
- 3) надзор за соблюдением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, дознание, досудебное следствие;
- 4) надзор за соблюдением законов при исполнении судебных решений по уголовным делам, а также при применении мер принудительного характера, связанных с ограничением личной свободы граждан;
- 5) надзор за соблюдением прав и свобод человека и гражданина, соблюдением законов органами исполнительной власти, органами местного самоуправления, их должностными и служебными лицами.

В ряде стран предусматривается право прокуратуры возбуждать уголовное преследование, опротестовывать решения, приговоры и постановления судов (ст. 103 Конституции Республики Армения), производить предварительное следствие (ст. 125 Конституции Республики Беларусь), осуществлять надзор за административным и исполнительным производством (ст. 83 Конституции Республики Казахстан). Общий надзор за законностью, который был основной функцией прокуратуры, в советское время в настоящий момент сохранился лишь в некоторых странах (Украина, Туркменистан, Казахстан, Азербайджан, Кыргызстан, Беларусь, Узбекистан, Таджикистан).

В большинстве стран генеральный прокурор назначается на должность по представлению президента парламентом (Литва, Украина, Грузия, Туркменистан, Кыргызстан, Азербайджан, Армения) или верхней палатой парламента (Узбекистан, Таджикистан, Казахстан, Беларусь). Однако в Молдове Генеральный прокурор назначается на должность Парламентом по представлению Председателя Парламента. В Кыргызстане и Казахстане генеральный прокурор смещается с должности президентом единолично. Однако в большинстве стран смещение генерального прокурора с должности происходит с согласия парламента (Украина, Литва, Туркменистан, Азербайджан) либо верхней палаты

парламента (Узбекистан, Таджикистан) или с уведомления верхней палаты парламента (Беларусь). В ряде стран парламент вправе выразить недоверие генеральному прокурору, что влечет его отставку, (Украина) либо применить по отношению к генеральному прокурору процедуру импичмента (Грузия). Причем в Армении парламент отрешает Генерального прокурора от должности только по предложению Президента.

Срок полномочий генерального прокурора составляет 5 лет (Украина, Казахстан, Молдова, Узбекистан, Таджикистан) или 6 лет (Армения). В Армении не допускается повторное переизбрание одного и того же лица на пост Генерального прокурора. Генеральный прокурор подотчетен президенту (Беларусь, Казахстан) либо парламенту и президенту (Таджикистан). Как правило, генеральный прокурор обладает неприкосновенностью, а сама прокуратура независима от других органов государственной власти. Прокуроры на период своих полномочий приостанавливают членство в политических партиях и других общественных объединениях, преследующих политические цели. В Конституции Республики Молдова установлено, что должность прокурора несовместима с какой-либо другой государственной или частной должностью, за исключением преподавательской и научной деятельности (ст. 125).

Заместители генерального прокурора назначаются на должность и освобождаются с должности президентом с согласия верхней палаты парламента (Узбекистан, Таджикистан) или президентом по представлению генерального прокурора (Армения, Азербайджан, Кыргызстан) либо президентом единолично (Туркменистан). Территориальные прокуроры назначаются на должность президентом (Туркменистан) либо генеральным прокурором по согласованию с президентом (Азербайджан) или генеральным прокурором единолично (Молдова, Таджикистан, Узбекистан, Беларусь). Руководители специализированных республиканских прокуратур в Азербайджане назначаются на должность Президентом по представлению Генерального прокурора. В зарубежных странах СНГ, где созданы автономные образования, прокуроры автономных образований назначаются на должность президентом с согласия или по представлению представительных органов автономных образований (Узбекистан, Азербайджан, Молдова).

В Эстонии наряду с прокуратурой действует уникальный орган власти – канцлер юстиции. Согласно ст. 139 Конституции Эстонской Республики канцлер юстиции в своей деятельности является независимым должностным лицом, осуществляющим надзор за соответствием правовых актов законодательной и исполнительной государственных властей и местных самоуправлений Конституции и законам. Если канцлер юстиции приходит к выводу, что правообразующий акт законодательной или исполнительной государственной власти либо местного самоуправления противоречит Конституции или закону, он предлагает органу, принявшему этот акт, привести его в 20-дневный срок в соответствие с Конституцией или законом. Если в этот срок акт не приведен в соответствие с Конституцией или законом, канцлер юстиции входит в Государственный суд с представлением признать этот акт недействительным. Канцлер юстиции осуществляет анализ предложений, внесенных ему в целях изменения законов, принятия новых законов, а также предложений, касающихся работы государственных учреждений, и в случае необходимости представляет Государственному Собранию доклад. Один раз в год канцлер юстиции представляет Государственному Собранию обзор соответствия правообразующих актов законодательной и исполнительной государственной власти и местных самоуправлений Конституции и законам. Канцлер юстиции входит в Государственное Собрание с представлением о привлечении к уголовной ответственности члена Государственного Собрания, Президента, члена Правительства, государственного контролера, председателя Государственного суда или члена Государственного суда. Канцлер юстиции назначается на должность сроком на 7 лет Государственным Собранием по предложению Президента. Канцлер юстиции может быть отстранен от должности только по решению суда. В вопросах руководства своей канцелярией канцлер юстиции пользуется теми же правами, какими по закону наделен министр в вопросах руководства министерством. Канцлер юстиции может с правом слова участвовать в заседаниях Государственного Собрания и Правительства.

Как видно, принципы организации прокуратуры в зарубежных странах СНГ и Балтии до сих пор испытывают влияние советского прошлого (сохранение полномочий по общему надзору за законностью, право осуществлять расследование ряда категорий уголовных дел). Но в ряде стран (Грузия и страны Прибалтики) все более интенсивно внедряется западная модель организации прокуратуры, которая предусматривает закрепление за этим органом только функций поддержания обвинения в суде, а сама прокуратура является только структурным подразделением министерства юстиции, утратив статус самостоятельного органа власти.

III. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

О.Е. Блинков

Издательская группа «Юрист», г. Москва

О СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ ПО ДЕЛАМ О НАСЛЕДОВАНИИ

Руководствуясь ст. 126 Конституции Российской Федерации, ст. 9, 14 Федерального конституционного закона от 7 февраля 2011 г. №1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации», в целях формирования единообразной судебной практики по применению гражданского законодательства о регулировании наследственных отношений Пленум Верховного Суда Российской Федерации 29 мая 2012 года принял постановление №9 «О судебной практике по делам о наследовании».

Данное постановление определенно можно назвать долгожданным, поскольку суды общей юрисдикции практически более пяти лет не имели для непосредственного руководства акта официального толкования наследственного законодательства. Стоит напомнить, что 26 апреля 2007 г. Пленум Верховного Суда Российской Федерации постановлением №15 признал утратившим силу Постановление Пленума от 23 апреля 1991 года «О некоторых вопросах, возникающих у судов по делам о наследовании». Обычно отмена подобного постановления происходила в связи с принятием нового, как например, Постановлением от 23 апреля 1991 года №2 было признано утратившим силу Постановление Пленума Верховного Суда РСФСР от 26 марта 1974 г. №1 «О применении судами РСФСР норм Гражданского кодекса о наследовании и выполнении Постановления Пленума Верховного Суда СССР от 1 июля 1966 г. №6 «О судебной практике по делам о наследовании»». На этот раз Пленум Верховного суда РФ ограничился лишь отменой, что, однако не свидетельствовало об отсутствии затруднений в толковании и применении норм наследственного права и ошибок при рассмотрении дел о наследовании. Возможно Верховный Суд Российской Федерации был просто не готов дать судам разъяснения нового российского наследственного законодательства, поскольку за пять лет, прошедших с момента введения в действия Части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), не могло сложиться единообразной судебной практики, которую бы поддержал Пленум Верховного суда РФ своим постановлением. Но и не отменить постановление от 23 апреля 1991 г. «О некоторых вопросах, возникающих у судов по делам о наследовании» Пленум Верховного суда РФ не мог, поскольку оно было выражением судебного толкования отдельных норм переставшего действовать Гражданского кодекса РСФСР 1964 года, поэтому либо утратило актуальность, либо стало прямо противоречить наследственно-правовым новеллам в ГК РФ¹.

Примечателен тот факт, что в силу отсутствия акта официального толкования, суды общей юрисдикции стали руководствоваться Постановлением Пленума Верховного Суда СССР от 1 июля 1966 года №6 «О судебной практике по делам о наследовании», которое формально продолжало действовать, поскольку орган, который мог его отменить (Верховный Суд СССР) канул в лету. Применяя его, суды общей юрисдикции руководствовались Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 22 апреля 1992 года №8, установившем, что до принятия соответствующих законодательных актов Российской Федерации нормы бывшего Союза ССР и разъяснения по их применению, содержащиеся в постановлениях Пленума Верховного Суда Союза ССР, могут применяться судами в части, не противоречащей Конституции Российской Федерации, законодательству Российской Федерации и Соглашению о создании Содружества Независимых Государств.

Возвращаясь же к Постановлению Пленума Верховного Суда Российской Федерации 29 мая 2012 года №9 «О судебной практике по делам о наследовании», стоит отметить, что это очень значительный по объему акт (более ста тысяч знаков!), в котором суды общей юрисдикции получили преимущественно грамотные и верные разъяснения. Например, в п. 29 названного постановления Пленум наконец-то определил, кого судам следует считать отчимом, мачехой, пасынками и падчерицами наследодателя в качестве его наследников по закону седьмой очереди. По мнению высшего суда названные лица призываются к наследованию и в случае, если брак родителя пасынка, падчерицы с наследодателем, а равно брак отчима, мачехи с родителем наследодателя был прекращен до дня открытия наследства вследствие смерти или объявления умершим того супруга, который являлся соответственно родителем пасынка, падчерицы либо родителем наследодателя. В случаях же, если брак

прекращен путем его расторжения, а также признан недействительным, указанные лица к наследованию не призываются.

Этот акт бесспорно даст движение дальнейшему развитию цивилистического учения о наследовании, хотя бы потому, что не все решения Пленума Верховного Суда Российской Федерации нам кажутся верными и теоретически обоснованными, а судебная практика так или иначе пойдет по пути, который указали «старшие товарищи». Не давая полного анализа ошибок толкования, для иллюстрации своего тезиса достаточно привести следующее.

Например, в абз. «г» п. 31 данного постановления указано, что «нетрудоспособные иждивенцы наследодателя из числа лиц, указанных в пункте 2 статьи 1142 ГК РФ, наследующих по праву представления, которые не призываются к наследованию в составе соответствующей очереди (внуки наследодателя и их потомки при жизни своих родителей – наследников по закону первой очереди), наследуют на основании пункта 1 статьи 6 и пункта 1 статьи 1148 ГК РФ (т.е. как иждивенцы. – О.Б.), то есть независимо от совместного проживания с наследодателем. Совместное проживание с наследодателем не менее года до его смерти является условием призвания к наследованию лишь нетрудоспособных иждивенцев наследодателя, названных в пункте 2 статьи 1148 ГК РФ (из числа граждан, которые не входят в круг наследников, указанных в статьях 1142 – 1145 ГК РФ)». Данное толкование прямо противоречит закону, а именно п. 2 ст. 1142, п. 1 ст. 1146 и п. 1 ст. 1148 ГК РФ, из систематического толкования которых явствует, что внуки наследодателя и их потомки наследуют только (!) по праву представления. Ни в одной из указанных статей они даже не названы наследниками, а именуются лицами, наследующими по праву представления. Не вдаваясь в семантическое различие этих выражений («наследник» и «наследующий по праву представления»), по крайней мере, можно однозначно утверждать, что внуки и их потомки наследуют только по праву представления, т.е. в случае смерти их родителей до или одновременно с наследодателем, поэтому при жизни родителей наследниками не являются! В п. 1 ст. 1148 ГК РФ прямо сказано – «Граждане, относящиеся к наследникам по закону, ...», поэтому как бы ни было высоконравственно и социально значимо это предложение, оно противоречит закону! Для легализации такого предложения требуется внесение изменений в ГК РФ, но не акт судебного толкования.

Еще, к чему хотелось бы привлечь внимание, это коллизии в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 мая 2012 года № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» и актах Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, которые могут быть разрешены только посредством совместного постановления.

¹ Блинков О.Е. О судебной практике по делам о наследовании // Наследственное право. 2010. №2. С. 3–4; Блинков О.Е. О судебном толковании норм наследственного права: история и перспективы // Российский судья. 2008. №4. С. 6–8.

Н.Л. Бондаренко

Международный университет «МИТСО», г. Минск

ОСНОВНЫЕ НАЧАЛА ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ: КРИТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ СТАТЬИ 2 ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА

Выдающийся российский ученый Г.Ф. Шершеневич усматривал серьезный недостаток действовавшего гражданского законодательства начала XX в. в том, что оно «ограничивается установлением отдельных норм и только весьма редко дает общие начала...»¹. Ныне действующий Гражданский кодекс Республики Беларусь 1998 г. (далее – ГК Республики Беларусь) существенно отличается от прежних кодифицированных гражданских законов. В нем впервые текстуально закреплены основные начала гражданского законодательства, под которыми понимается система принципов гражданского права. В систему оказались включенными принципы: равенства участников гражданских отношений; неприкосновенности собственности; свободы договора; добросовестности и разумности участников гражданских правоотношений; недопустимости произвольного вмешательства в частные дела; беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты. Законодательно признано, что участники гражданских правоотношений приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своих интересах, они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не про-

тиворечащих законодательству условий договора². Названные принципы традиционно включаются в систему принципов гражданского законодательства всех стран с рыночной экономикой.

В числе основных начал гражданского законодательства ст. 2 ГК Республики Беларусь называются принципы верховенства права и социальной направленности регулирования экономической деятельности, которые являются по своей природе общеправовыми, конституционными. Они имеют ярко выраженный универсальный характер и не могут быть отождествлены с какой-либо отдельной отраслью права.

Однако если включение принципов верховенства права и социальной направленности регулирования экономической деятельности в число основных начал гражданского законодательства ставит вопрос о целесообразности такого законодательного решения, закрепление в числе гражданско-правовых принципов принципа приоритета общественных интересов вызывает категорическое несогласие. Белорусский законодатель наполнил данный принцип следующим содержанием: «осуществление гражданских прав не должно противоречить общественной пользе и безопасности, наносить вред окружающей среде, историко-культурным ценностям, ущемлять права и защищаемые законом интересы других лиц». Анализ содержания указанного принципа позволяет сделать следующие выводы.

Во-первых, гражданское право как право частное, глубоко индивидуалистично, поэтому закреплять в нем в качестве основного начала приоритет общественных интересов противоестественно. Вполне уместно вспомнить в этой связи высказывание Карла Поппера о том, что «поиски некоего «общественного интереса», независящего от конкретных интересов отдельных участников общественного выбора и находящегося вне их, подобны поискам священного Грааля»³.

Во-вторых, исходя из содержания исследуемого принципа, можно утверждать, что речь должна идти не о приоритете общественных интересов, а о балансе частных и общественных интересов в отношениях, регулируемых гражданским законодательством. Именно при такой трактовке он не будет вступать в противоречие с положениями ст. 2 Конституции Республики Беларусь, где закреплено: «Человек, его права, свободы и гарантии их реализации являются высшей ценностью и целью общества и государства» и ст. 23 Основного Закона, гарантирующей, что «ограничение прав и свобод личности допустимо только в случаях, предусмотренных законом, в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц»⁴. Данный конституционный принцип традиционно именуется принципом соразмерности (пропорциональности) и сбалансированности при ограничении субъективных прав и является важным элементом в концепции правового государства. Он закреплен в национальном праве большинства европейских стран и представляет собой неотъемлемый атрибут правового государства, коим себя провозгласила Республика Беларусь.

В-третьих, возведение в разряд основного начала белорусского гражданского законодательства принципа приоритета общественных интересов создает проблему его корреляции с другими гражданско-правовыми принципами: свободы договора, равенства участников гражданских отношений и недопустимости произвольного вмешательства в частные дела. Принцип приоритета общественных интересов имеет явную идеологическую окраску, создает атмосферу непредсказуемости и представляет собой серьезную угрозу стабильности гражданского оборота.

Таким образом, задачей первостепенной важности для законодателя является либо исключение из ст. 2 ГК Республики Беларусь принципа приоритета общественных интересов как чуждого правовой ткани гражданского права и противоречащего Конституции, либо закрепление иного названия исследуемого принципа, например, принципа баланса частных и общественных интересов. Однако в таком случае станет актуальным вопрос о целесообразности, поскольку данный принцип, как было отмечено выше, вытекает из положений Конституции Республики Беларусь.

Закрепив принципы гражданского права в числе основных начал гражданского законодательства, белорусский законодатель, тем самым, определил, что принципы обязательны не только для субъектов гражданского оборота и правоприменительных органов, но и для самого законодателя, выступая в качестве эталона при формировании всех других правовых норм, относящихся к сфере гражданско-правового регулирования. Нельзя недооценивать как юридическое значение закрепления в ст. 2 ГК Республики Беларусь принципов гражданского права в качестве основных начал гражданского законодательства, так и необходимость корректности формулировок соответствующих принципов. Поскольку именно по соответствию гражданско-правовых норм содержанию принципов традиционно и оценивается качество правовой нормы, возможность ее применения или необходимость законодательной корректировки с целью повышения эффективности правового регулирования гражданско-правовых отношений.

¹ Шершеневич, Г.Ф. Учебник русского гражданского права : по изд. 1907 г. М. : СПАРК, 1995. С. 15.

² Гражданский кодекс Республики Беларусь: Принят Палатой представителей 28 окт. 1998г.: Одобрен Советом Респ. 19 нояб. 1998г.: Офиц. изд. Минск: НЦПИ, 1999.

³ Бьюкенен, Дж. Границы свободы: Между анархией и Левиафаном // Бьюкенен Дж. Конституция экономической политики; Расчет согласия; Границы свободы. М.: Таурус Альфа, 1997. С. 48.

⁴ Конституция Республики Беларусь 1994 года: с изм. и доп.: Принята на респ. референдуме 24 нояб. 1996 г. Минск: ООО «Амалфея», 2000.

Б.А. Булаевский

*Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации, г. Москва*

УКРЕПЛЕНИЕ НРАВСТВЕННЫХ НАЧАЛ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

1. Укрепление нравственных начал в гражданском праве объективно необходимо и может быть достигнуто, в частности, путем придания требованиям добросовестности, разумности и справедливости общего руководящего значения как отраслевым принципам.

Это важно не только с теоретической точки зрения, но имеет и весьма существенное практическое значение, прежде всего, в части эффективной охраны прав и законных интересов участников гражданских правоотношений.

2. Позиционирование названных требований в качестве принципов гражданского права не умаляет их общеправовое значение. Как нравственные ценности, они не станут исключительной принадлежностью гражданского права, оставаясь универсальными социальными регуляторами.

Закрепление названных принципов – это своеобразный прием юридической техники, одно из назначений которого – предложить зримый образ очевидного. Правила из таких принципов содержат лишь «напутствие законодателю, некую разновидность рамочного правового регулирования»¹. Как следствие, эффект от их применения будет напрямую зависеть от способности правоприменителей верно определять эти рамки.

3. Существенную помощь «укреплению нравственных начал в гражданском праве» способны оказать конкретные указания в законе либо разъяснения высших судебных инстанций на формы добросовестного либо недобросовестного поведения в отдельных отношениях, проявления справедливости и несправедливости, разумности и неразумности. А возможные их варианты должна предложить практика правоприменения.

В частности, накопленный опыт применения правовых норм позволяет предложить конкретные формы добросовестного либо недобросовестного, но непременно типичного поведения в отдельных сферах гражданско-правового регулирования (в рамках институтов вещных прав, договора, несостоятельности и др.). При этом, если сохраняется возможность неоднозначной оценки того или иного поведения (например, при использовании в законе понятий и выражений, определение содержания которых подлежит установлению в каждом конкретном случае – «не знал и не мог знать», «заботиться о ... вещи не менее, чем о своих вещах», «самоликвидация в целях продвижения на рынок аналогичного товара иностранного происхождения»), имеет смысл прибегать к таким конструкциям как презумпции, для которых характерна возможность опровержения. Если же сформировавшаяся практика деловых отношений исключает возможность вариативной оценки соответствующего поведения, то вполне уместно обращение к четкому императивному регулированию.

4. Помимо правовых принципов, оценка поведения участников отдельных гражданских правоотношений на предмет добросовестности, разумности и справедливости может быть проведена и в контексте применения специальных норм, предлагающих детальную регламентацию соответствующих отношений. При этом и при закреплении правовых принципов, и в иных случаях использования нравственных категорий допустимо применение конструкций презумпций. Однако каждая презумпция уникальна и не «конкурирует» с иными презумпциями, даже если она производна от некоего общего правила (является частным случаем его применения).

Учитывая особенности конкретных отношений, соответствующие «частные» презумпции будут применяться (либо окажутся оспоренными) лишь при наличии тех специальных обстоятельств, кото-

рые особым образом будут выражены в законе и которые будут служить определенным ориентиром для заинтересованных лиц. Соответствующие обстоятельства, как представляется, в идеале должны восприниматься как уникальные условия применения (либо опровержения) данной конкретной презумпции. В противном случае, с той же мерой сомнения можно было бы вести речь о необходимости любого иного специального регулирования. И тогда всё гражданско-правовое регулирование можно было бы ограничить применением принципов права.

5. Применительно к гражданским правоотношениям, в действующем законодательстве, требования разумности и справедливости, наряду с требованием добросовестности выступают в роли «надсистемных» явлений, к которым наряду с аналогией права можно прибегать при пробельности действующего законодательства (п. 2 ст. 6 ГК РФ). Однако постановка вопроса об оценке их в качестве принципов гражданского права в Концепции развития гражданского законодательства не состоялась.²

Что же касается их применения при оценке осуществления гражданских прав, то здесь, в соответствии с п. 3 ст. 10 ГК РФ, наряду с добросовестностью востребованной оказалась лишь разумность действий участников гражданских правоотношений, которая также как и добросовестность участников гражданских правоотношений предполагается только в случаях, когда в силу закона разумность предопределяет возможность защиты гражданских прав.

6. Предполагать разумность действий можно потому, что это поведенческий акт, обусловленный прямо либо опосредованно психофизическими способностями человека. Возьмем для примера сделку дарения. Усматривать в любом подобном поведении неразумность – не меньшая глупость, чем подозревать в шпионаже всех, кто слушает зарубежное радио. Однако отдельные такие сделки вполне могут быть совершены лицами, которые совершают их, не понимая значения и последствий своих действий (в частности, в силу инфантильности). И право предлагает механизм оспаривания таких сделок, делая акцент на неразумности соответствующего поведения (см., например, правила о недействительности сделок несовершеннолетних старше 14 лет – ст. 175 ГК РФ).

7. В отличие от добросовестности и разумности, справедливость не может быть объектом предположения.

Предполагать справедливость это значит не иметь четких ориентиров того, что справедливо, идти в праве «на ощупь», но такой подход неприемлем. В любом обществе критерии справедливости предполагаются известными³, следовательно предполагать справедливость не нужно, она заранее определена. В праве применяется лишь объективная справедливость (невзирая на субъективные оценки, способные привести к пересмотру объективного понимания справедливости). Идея справедливости, это, по сути, выражение основного вопроса всего права, а именно – вопроса о сочетании интересов. При этом справедливым может быть и равенство и неравенство (например, правила о разном образных приоритетах – в гражданском праве это, например, право преждепользования, а за пределами гражданского права, например, льготы для участников войн)⁴.

¹ См. об этом: Гаджиев Г. Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение, 2008, №2. Приводится по СПС «КонсультантПлюс».

² Вместе с тем, встречаются вполне обоснованные утверждения, что, например, справедливость является высшим принципом, который создает для закона и судьи психологическую опору при взвешивании интересов сторон. См. об этом подробнее: Вильбург В. Создание гибкой системы гражданского права. В кн.: Общее гражданское уложение Австрийской Республики: Пер. с нем. / под ред. Л. Шарингера и Л. Шпехта. М.: Статут, 2012. С. 10.

³ Как указывает И.В. Максимов, предположение справедливости – это лишь логическое предположение, основанное на понимании справедливости как высшей, основной нормы, предопределяющей содержание всего права. См.: Максимов И.В. Административные наказания. М.: Норма, 2009. 464 с. Приводится по СПС «КонсультантПлюс».

⁴ В специальной литературе однако встречаются указания на то, что справедливость востребована только в ситуации неравенства субъектов. См.: Пресняков М.В. Конституционная концепция принципа справедливости / под ред. Г.Н. Комковой. М.: ДМК Пресс, 2009. 384 с. Приводится по СПС «КонсультантПлюс».

ВОЗМЕЩЕНИЕ ИМУЩЕСТВЕННОГО ВРЕДА ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ МЕДИЦИНСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

По гражданскому законодательству Украины, в частности в соответствии со ст. 1195 Гражданского кодекса (далее – ГК)¹, имущественный вред заключается в реальных материальных расходах, прежде всего в расходах на возобновление здоровья и работоспособности. Считается, что к реальным материальным убыткам при причинении вреда здоровью принадлежат потерянный заработок и дополнительные расходы пострадавшего. Пострадавший пациент вынужден делать дополнительные расходы на покупку лекарств, протезирование, плату за досмотр, необходимость дополнительного усиленного питания, приобретение специальных транспортных средств, прохождение курса реабилитации, которые также нуждаются в справедливой компенсации.

При причинении смерти пациента имущественный вред может заключаться и в потере содержания, как правило, неработоспособных лиц, которые были на иждивении умершего или которые имели право на его содержание ко дню смерти, а также в расходах на лечение, которое предшествовало смерти, и на захоронение.

В большинстве стран ЕС при определении суммы возмещения применяется так называемая тарифная система, которая предусматривает нормативно определенные суммы компенсации за конкретные негативные последствия медицинских вмешательств. Например, в Великобритании при расчете компенсации в первую очередь учитываются продолжительность жизни, профессия и квалификация пострадавшего. В зависимости от вида увечья суд этой страны может дополнительно присудить отдельные выплаты для приобретения устройств для инвалидов (например, оборудование помещения специальным лифтом или замена лестницы), но лишь в разумных (под углом зрения суда) чертах.

Следует заметить, что причинение вреда здоровью может сопровождаться очень широким спектром негативных социально-экономических последствий для пострадавшего. Потеря возможности работать вообще или вернуться к тому образу жизни, которой придерживался гражданин к повреждению здоровья, в корне изменяет его существование, общественное и материальное состояние. Повернуть потерянное в большинстве случаев невозможно. Пострадавшему остается надеяться лишь на справедливую компенсацию в денежном эквиваленте от правонарушителя. Правовая неопределенность относительно этого вопроса в украинском законодательстве вредит интересам не только потерпевших пациентов, но и медицинских заведений (медицинских работников), которые полностью зависят от решения суда.

Гражданское законодательство Украины (ст. 1172 ГК) предусматривает возмещение юридическим лицом (в том числе медицинским заведением, его медицинским персоналом) или физическим лицом (медицинским работником – предпринимателем) вреда, причиненного при выполнении ими своих трудовых (профессиональных, служебных) обязанностей. Кстати, при причинении увечья или другого повреждения здоровья организация или гражданин, ответственные за вред, обязаны возместить:

а) пострадавшему заработок (доходы от трудовой деятельности), потерянный им в результате вызванной этим потери или уменьшения работоспособности, а также возместить вызванные повреждением здоровья дополнительные расходы на лечение, приобретение лекарств, протезирование, постоянный досмотр, усиленное питание, санаторно-курортное лечение и т. п. (статьи 1995–1999 ГК);

б) в случае смерти пострадавшего – неработоспособным лицам, которые находились на его иждивении или имели на день его смерти, право на получение от него содержания (в том числе детей, рожденных после смерти) – частицу среднемесячного заработка пострадавшего, что приходилась на эти лица или на которую они имели право в соответствии с действующим законодательством (ст. 1200 ГК);

в) в случае повреждения здоровья несовершеннолетнего, который не достиг 14 лет (ученики – 18 лет) и не имеет заработка на время причинения вреда, – связанные с повреждением здоровья необходимые расходы на лечение, протезирование, постоянный досмотр и т. п. После достижения пострадавшим 14 лет (учениками – 18 лет) вред, связанный с потерей или уменьшением его работоспособ-

ности, исходя из размера минимальной заработной платы, установленной законом, а после начала трудовой деятельности пострадавшего возмещение может быть увеличено (по его требованию) исходя из размера вознаграждения работника его квалификации. Если такой несовершеннолетний на момент повреждения здоровья имел заработок – исходя из размера его заработка, но не ниже, чем из минимальной заработной платы (заработку) (ст. 1999 ГК).

Каждый пострадавший потребитель медицинской услуги имеет право требовать возмещения причиненного вреда независимо от того, был ли он в договорных отношениях с производителем (исполнителем, продавцом) этих услуг (статьи 16, 17 Закона Украины «О защите прав потребителей»). К тому же, в соответствии с действующим гражданским законодательством Украины, убытки, нанесенные в результате недостатков услуг (работ), подлежат возмещению их исполнителем (ст. 1210 ГК).

При повреждении здоровья возмещаются не только материальный вред или убытки, но и моральный (неимущественный) вред, порядок возмещения которого несколько отличается от порядка возмещения материального (ст. 1168 ГК)².

Характерно, что в ст. 623 ГК для нарушения обязательств предусмотрено лишь возмещение убытков, зато возмещение вреда не упоминается вообще. Когда же идет речь о деликтах (внедоговорные обязательства), то наоборот – упоминается возмещение вреда без ссылок на убытки (статьи 1166–1211 ГК). Имущественная ответственность за нарушение личных неимущественных прав, т.е. права на здоровье, выражается в том, что если в результате нарушения личных неимущественных прав пострадавший понес материальный убыток, такой убыток подлежит возмещению.

Имеются в виду, прежде всего, нормы, давно известные гражданскому законодательству: правила о возмещении имущественного вреда, связанного с причинением смерти или повреждением здоровья. В последние годы перечень нарушений, с которыми связана возможность возмещения убытков, которые возникли при причинении вреда неимущественным благам, существенно расширенная. В настоящий момент возмещаются убытки при нарушении права на деловую репутацию (приуменьшение ее может привести к снижению предпринимательской активности, расторжению договоров, которые сложились, а это, в свою очередь, тянет убытки). Аналогичные последствия возникают и при распространении ошибочных сведений: их автор может привлекать к имущественной ответственности — возмещению убытков предпринимателя³.

При возмещении убытков, нанесенных нарушениям права на здоровье, необходимо наличие обычных условий имущественной ответственности, известных гражданскому законодательству.

Согласно ч. 1 ст. 1166 ГК «имущественный вред, нанесенный личным неимущественным правам», считают, что неимущественным правам, которые не имеют экономического содержания (ч. 2 ст. 269 ГК), нанести вред невозможно.

Таким образом, в случае некачественного предоставления медицинской помощи или услуги в соответствии с нормами гражданского законодательства есть возможность возместить убытки, потерянную выгоду и другие расходы на лечение, при этом надо привести необходимые доказательства (чеки и др.).

¹ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 //Відомості Верховної Ради України. 2003. №40. Ст. 356.

² Антонов С.В. Особливості відшкодування шкоди, заподіяної пацієнтові невдалим медичним втручанням // Журнал «Управління закладом охорони здоров'я». 2007 р. №7. [Електронний ресурс]: <http://www.medlawcenter.com.ua/ua/publications/76.html>

³ Толстой В.С. Личные неимущественные правоотношения. М.: ЭЛИТ, 2006. 200 с.

М.Г. Буничева

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРОБЛЕМА ПРАВОПРЕЕМСТВА ПРИ РЕОРГАНИЗАЦИИ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА В ФОРМЕ РАЗДЕЛЕНИЯ

При реорганизации в форме разделения или выделения всегда существует риск невключения какого-либо актива или пассива в разделительный баланс. И если вопрос о невключении пассива (обязательства) в разделительный баланс законодатель решает путем применения солидарной ответственности правопреемников, то на вопрос о том, что делать с активом (имуществом), не включенным в разделительный баланс, он ответа не дает.

С нашей точки зрения, при выделении следует признать, что неуказанное в разделительном балансе имущество остается у реорганизованного юридического лица, поскольку при выделении к правопреемникам переходят только те права и обязанности, которые отражены в разделительном балансе. При разделении подобное решение неприменимо, поскольку реорганизуемое лицо прекращает свою деятельность, а все его права и обязанности переходят к правопреемникам в порядке универсального правопреемства, но в соответствии с разделительным балансом.

Отсутствие соответствующей нормы в законодательстве позволяет говорить о пробеле в праве. Е.В. Кафтайлова, О.Ю. Ручкин, Ю.В. Трунцевский при рассмотрении вопроса об отсутствии нормы права, регулирующей ситуацию, когда в разделительном балансе не определен правопреемник по праву требования, указывают на неприменимость в таком случае аналогии закона. Кроме того, по их мнению, в случаях, когда разделительный баланс не дает возможности определить правопреемника по правам требования реорганизованного кредитора в отношении конкретного должника, вынести решение о принудительном исполнении обязательства таким должником перед вновь образованными юридическими лицами не представляется возможным¹.

С последним тезисом не представляется возможным согласиться. Если следовать логике авторов, получается, что в случае если соответствующее имущество (право требования) реорганизованного юридического лица не отражено в разделительном балансе, то оно погашается при прекращении деятельности данного лица лишь потому, что законодатель не предусмотрел соответствующую правовую регламентацию.

Однако если рассматриваемый случай попадает в сферу правового регулирования, отсутствие его регламентации не дает основания органу, применяющему право, отказать в соответствующем решении. В таких случаях и возникает необходимость применения аналогии закона или аналогии права². Задача аналогии заключается в том, чтобы разрешить ситуацию, не предусмотренную законом, таким образом, каким разрешил бы ее законодатель, судя по тому, как он разрешает другие подобные ситуации³.

Как следует из правовых положений о реорганизации, законодатель при отсутствии в разделительном балансе соответствующей правовой обязанности не отказывает кредиторам в удовлетворении их требований, хотя и имеется неясность в фигуре должника, наоборот, он предусматривает правовой механизм (солидарную ответственность), который бы привел к исполнению обязательства и не нарушил права кредиторов. Представляется, что при отсутствии в разделительном балансе соответствующего права, когда имеется неясность в фигуре кредитора (субъекта права), также должен действовать механизм, который бы позволил разрешать подобные ситуации. И здесь для этого можно указать, как минимум две причины.

Первая, при принятии решения о реорганизации в форме разделения юридическое лицо выражает волю на переход всех его прав и обязанностей к правопреемникам в порядке универсального правопреемства. Следовательно, реализация воли должна выразиться в получении правопреемниками не только всех обязанностей реорганизованного лица (как то обеспечивает закон), но и всех его прав (за исключением тех, которые не переходят в соответствии с указанием закона). Вторая, если у юридического лица – кредитора существовало право требования к должнику, то реорганизация кредитора не должна приводить к прекращению обязательства невозможностью его исполнения. В противном случае имеет место нарушение принципа равенства участников гражданских правоотношений, когда создается необоснованная привилегия для должника, что недопустимо.

В Европейском праве разделению посвящена Шестая директива Совета от 17.12.1982 №82/891/ЕЭС «О разделении акционерных обществ»⁴, которая достаточно подробно регулирует данную форму реорганизации. В частности, в ней решен вопрос о переходе активов реорганизуемого лица при отсутствии соответствующих сведений в документах, оформляющих реорганизацию. В соответствии с п. 3 (а) ст. 3 Шестой директивы в случае, когда актив не определен в проекте условий разделения и, когда толкование таких условий делает принятие решение о распределении невозможным, актив или соответствующий вклад распределяются между всеми обществами-получателями в пропорции к чистым активам, распределенным в пользу каждого из таких обществ в соответствии с проектом условий разделения.

Полагаем, что российскому законодателю также необходимо закрепить положение об определении порядка правопреемства по имуществу разделенного юридического лица, не нашедшему отражения в разделительном балансе. В настоящее же время для преодоления соответствующего пробела необходимо применение аналогии.

На наш взгляд, в рассматриваемом случае не представляется возможным применить аналогию закона (в частности, нормы о солидарности обязательства либо положения ст. 1164 ГК РФ об общей

собственности наследников), следовательно, согласно п. 2 ст. 6 ГК РФ права и обязанности лиц должны быть определены исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права).

Как справедливо указывает О.А. Кузнецова, аналогия права – это разрешение дела на основе принципов права, которые могут стать непосредственной основой судебного решения, когда правоприменительный орган может руководствоваться только нормами-принципами гражданского права, не прибегая к использованию других гражданско-правовых норм⁵. Представляется, что, исходя из гражданско-правовых принципов равенства участников гражданских правоотношений и неприкосновенности собственности, при невключении в разделительный баланс какого-либо имущества при разделении юридического лица (за исключением разделения унитарного предприятия) это имущество переходит ко всем его правопреемникам в равных долях, а при разделении унитарного предприятия (с учетом положения абз. 2 п. 8 ст. 29 Федерального закона от 14.11.2002 №161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»⁶) – пропорционально доле перешедшего к правопреемникам имущества.

¹ Кафтайлова Е.В., Ручкин О.Ю., Трунцевский Ю.В. Реорганизация юридических лиц (правовые основы): научно-практическое пособие. М.: Юрист, 2010 // Доступ из СПС КонсультантПлюс.

² Теория государства и права: Учебник для юридических вузов / под ред. А.С. Пиголкина, Ю.А. Дмитриева. М.: ИД Юрайт, 2010. С. 599–600.

³ Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: Учебник. 2-е изд. М.: Юрист, 2005. С. 348.

⁴ Шестая директива Совета от 17.12.1982 №82/891/ЕЭС «О разделении акционерных обществ» // Вестник ЕС №L 378. С. 47.

⁵ Кузнецова О.А. Прямое (непосредственное) действие принципов гражданского права // Нотариус. 2006. №1. Доступ из СПС КонсультантПлюс.

⁶ Федеральный закон от 14.11.2002 №161-ФЗ (ред. от 30.11.2011 №362-ФЗ) «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» // СЗ РФ. 02.12.2002. №48. Ст. 4746.

Д.В. Верещагина

Бакирский государственный университет, г. Уфа

К ВОПРОСУ О ВОЗМОЖНОСТИ ПРИЗНАНИЯ ЧАСТИ ЗЕМЕЛЬНОГО УЧАСТКА В КАЧЕСТВЕ ОБЪЕКТА ИЗЪЯТИЯ

Приступая к рассмотрению данного вопроса, считаем необходимым оговориться, что нельзя отождествлять земельный участок как объект гражданских прав и земельный участок как объект изъятия, поскольку изъятие земельного участка, то есть переход права на него «по административным основаниям»¹, нельзя отнести к гражданскому обороту земельного участка ввиду отсутствия волеизъявления и целенаправленности действий со стороны правообладателя земельного участка². А значит, не всем требованиям, предъявляемым к земельному участку как объекту прав, должен соответствовать подлежащий изъятию земельный участок.

Однако для того, чтобы определить особенности изъятия такого объекта как земельный участок, необходимо рассмотреть его как объект гражданских правоотношений. Большинство ученых соглашаются с точкой зрения, что «часть земельного участка не может быть объектом правоотношения, поскольку в случае разделения участка на две части ... каждой из них в установленном законом порядке присваивается индивидуальный кадастровый номер, а собственник каждой вновь образованной «части» земельного участка получает правоустанавливающий документ на земельный участок, а не на его часть»³. Согласно другой точке зрения часть земельного участка «может быть предметом обязательственных правоотношений при заключении договоров, направленных на передачу имущества во временное владение и пользование», но не может быть объектом сделок, направленных на отчуждение имущества⁴.

В период реформирования законодательства 2007–2008 гг. происходят следующие изменения, касающиеся рассматриваемого нами вопроса. Федеральным законом от 26.06.2007 №118-ФЗ⁵ отменен п. 5 ст. 279 Гражданского кодекса РФ, предусматривающий возможность выкупа для государственных и муниципальных нужд части земельного участка с согласия собственника. В соответствии с Федеральным законом от 22.07.2008 №141-ФЗ⁶ утратила силу ч. 2 статьи 6 Земельного кодекса РФ, на основании которой различали делимые и неделимые земельные участки в зависимости возможности образования самостоятельного земельного участка без перевода его в состав земель иной катего-

рии. Вследствие этих изменений в настоящее время общий порядок изъятия земельного участка, содержащийся в Гражданском и Земельном кодексах, не предусматривает возможности изымать часть земельного участка, который необходим для государственных или муниципальных нужд.

Однако в научной литературе высказывается точка зрения, что «участие части земельного участка в качестве объекта в правоотношениях по изъятию для государственных и муниципальных нужд было бы целесообразным с точки зрения снижения расходов государства, связанных с выкупом необходимого участка»¹. С этим следует согласиться, поскольку, во-первых, зачастую на практике для реализации той цели, для которой происходит изъятие, порой и не требуется весь земельный участок, а значит выкуп всего участка означает необоснованные затраты для органа, осуществляющего изъятие, а во-вторых, сами собственники земельного участка в большинстве случаев заинтересованы в сохранении земельного участка из-за его местоположения, привычной инфраструктуры даже при условии уменьшения его площади. Однако, производить изъятие части земельного участка по общему правилу невозможно.

Тем не менее, нормы двух федеральных законов, ввиду их специального характера, предусматривают определенные исключения из указанного общего порядка – это Федеральный закон от 08.05.2009 №93-ФЗ «Об организации проведения встречи глав государств и правительств стран – участников форума «Азиатско-тихоокеанское экономическое сотрудничество» в 2012 году, о развитии города Владивостока как центра международного сотрудничества в Азиатско-Тихоокеанском регионе и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁸ (далее – Закон об организации форума АТЭС) и Федеральный закон от 01.12.2007 №310-ФЗ «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁹ (далее – Закон об организации Олимпийских игр 2014 г. в Сочи). В частности, пункт 8 статьи 6 Закона об организации форума АТЭС предусматривает, что в случае, если в соответствии с документацией по планировке территории для размещения необходимых для проведения саммита объектов или решением о предварительном согласовании мест их размещения предусмотрено образование земельных участков путем раздела, объединения, перераспределения земельных участков или выдела из земельных участков, решение об изъятии земельных участков и (или) расположенных на них объектов недвижимого имущества, иного имущества для размещения необходимых для проведения саммита объектов может быть принято в отношении образуемых земельных участков. В этом случае решение об указанном изъятии принимается до образования земельных участков. Аналогичную норму содержит пункт 13 статьи 15 Закона об организации Олимпийских игр 2014 г. в Сочи. Таким образом, нормы этих специальных законов предполагают, что если на этапе подготовки к изъятию (в частности, при планировании территории) будет сделан вывод, что для размещения необходимых объектов понадобится лишь определенные части существующих участков, то целесообразнее будет провести с согласия собственников этих участков их раздел или выдел из них.

Считаем возможным рекомендовать включить в гражданско-правовые нормы, регулирующие общий порядок изъятия земель для государственных и муниципальных нужд, положения, устанавливающие сходные с приведенными специальными нормами правила изъятия.

Вместе с тем, стоит отметить, что земельным законодательством предусмотрены определенные требования к образуемым в результате раздела или выдела земельным участкам, в частности, это предусмотренные статьей 11.9 Земельного кодекса РФ условия о максимальных и минимальных размерах образуемых земельных участков, запрет на образование земельных участков, если данный процесс приводит к невозможности разрешенного использования расположенных на таких земельных участках объектов недвижимости и др.

В этой связи, мы полагаем необходимым указать, как мы уже отмечали в начале, что образованный таким образом и подлежащий изъятию земельный участок не должен будет соответствовать тем требованиям статьи 11.9 Земельного кодекса РФ, которые предъявляются к образованному участку как объекту прав.

¹ Ахмадгазизов И.С. Переход вещных прав на земельные участки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 16.

² См.: Корнеев А.Л. Сделки с земельными участками: Учебное пособие. М.: ОАО «Издательский Дом «Гордец», 2006. С. 14.

³ Анисимов А.П. Часть земельного участка как объект земельных правоотношений: критический анализ // Российская юстиция. 2007. №12. С. 23.

⁴ Ахмадгазизов И.С. Там же. С. 9

⁵ Собрание законодательства РФ. 2007. №27. ст. 3213.

⁶ Собрание законодательства РФ. 2008, №30 (ч. 1)? ст. 3597.

⁷ Клейменова Е.С. Правовое регулирование изъятия (выкупа) земельного участка для государственных и муниципальных нужд: дисс. ... канд. юрид. наук., Орел, 2008. С. 98–99.

⁸ Собрание законодательства РФ. 2009. №19, ст. 2283.

⁹ Собрание законодательства РФ. 2007. № 49, ст. 6071.

Е.М. Воробьева

Белорусский государственный университет, г. Минск

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПЕНИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ГОСУДАРСТВ-УЧАСТНИКОВ СНГ

Наличие категории обязательства как в гражданско-правовых, так и публично-правовых отношениях неизбежно опосредует присутствие мер его обеспечения, которыми призваны служить способы обеспечения их исполнения. Значимость фиксации рассматриваемых категорий в национальном налоговом законодательстве предопределена природой налога как признака государства и конституционной обязанности участия каждого в финансировании его расходов. Обеспечение стабильности поступления фискальных платежей в государственный бюджет является стратегическим направлением экономической безопасности любого государства.

Национальное фискальное законодательство содержит закрытый перечень мер обеспечения исполнения налогового обязательства, к которым отнесена и пеня. Частью 1 ст. 52 НК Республики Беларусь предусмотрена дефиниция пеней как денежных сумм, которые плательщик (иное обязанное лицо) должен уплатить в случае исполнения налогового обязательства в более поздние сроки по сравнению с установленными налоговым законодательством¹. Аналогичной позиции придерживается российский законодатель, определяя пеню как денежную сумму, которую налогоплательщик должен выплатить в случае уплаты причитающихся сумм налогов или сборов, в том числе налогов, уплачиваемых в связи с перемещением товаров через таможенную границу Таможенного союза, в более поздние по сравнению с установленными законодательством о налогах и сборах сроки². Также пункт 1 ст. 610 НК Республики Казахстан содержит определение пени как установленный п. 3 данной статьи размер, начисляемый на не уплаченную в срок сумму налогов и других обязательных платежей в бюджет, в том числе авансовых и (или) текущих платежей по ним. Этот размер равен 2,5-кратной официальной ставки рефинансирования, установленной Национальным Банком Республики Казахстан на каждый день просрочки, если иное не установлено законодательными актами Казахстана³. Позиция законодателя Республики Молдова относительно пени состоит в том, что она отнесена к мерам обеспечения погашения налогового обязательства и представлена как денежная сумма, начисленная в зависимости от величины налога (пошлины), сбора и времени, истекшего со дня, когда он должен был быть уплачен, независимо от того, был он своевременно исчислен или нет. Применение налоговым или другим уполномоченным органом пени является обязательным независимо от форм принуждения. Пеня составляет часть налогового обязательства и взыскивается в порядке, установленном для взимания налогов (п. 1 ст. 228)⁴. Иными словами, пеня по налоговому законодательству вышеприведенных государств представляет собой исключительно обеспечительную меру своевременного исполнения налогового обязательства, выраженную в процентном соотношении к сумме несвоевременно уплаченных налогов, сборов (пошлин), независимо от вины обязанного лица. В налоговом кодификационном акте Украины пеня дефинируется как сумма средств в виде процентов, начисленных на суммы денежных обязательств, не уплаченных в установленные законодательством сроки (пп. 162 п. 14.1 ст. 14). Согласно ст. 111 НК Украины она также представляет собой финансовую ответственность наряду с (финансовыми) санкциями (штрафами)⁵.

В отличие от предыдущих налоговых кодификационных нормативных правовых актов в НК Грузии отсутствует легальное определение пени. Статья 84 рассматриваемого НК фиксирует примерный открытый перечень мер по обеспечению исполнения налогового обязательства, среди которых наряду с налоговой ипотекой (залогом), обращением взыскания на имущество, имеющееся во владении третьего лица, наложением ареста на имущество, реализацией арестованного имущества, изъятием наличных денежных средств из кассы налогоплательщика, и норма о списании сумм налога, пени и штрафа с банковских счетов⁶.

Представляет интерес содержание НК Азербайджанской Республики. Так, в понятийно-категориальный аппарат, применяемый в налоговом законодательстве данного государства не включен термин «пени». Анализ содержания рассматриваемого акта позволяет сделать вывод о том, что правовой природе пени соответствует категория «финансовая санкция», что обосновывается содержанием, например, ст. 58.6 «за уплату налогоплательщиком, указанным в статье 175.8 настоящего Кодекса, суммы НДС позднее дня оплаты стоимости товаров (работ и услуг) в соответствии со статьей 175.1.3 настоящего Кодекса в отношении налогоплательщика применяется финансовая санкция в размере 50 процентов от своевременно неуплаченной суммы НДС»⁷ [**Ошибка! Источник ссылки не найден.**].

Таким образом, в соответствии с содержанием большинства налоговых кодексов стран СНГ пеня является объективной категорией налогового законодательства и представляет собой денежную сумму, выражающуюся в процентном соотношении по отношению к сумме несвоевременно уплаченного налогового платежа за каждый день просрочки. Анализ текста рассмотренных кодификационных нормативных правовых актов позволяет выдвинуть гипотезу о достаточности возникновения такого юридического факта как несвоевременность уплаты фискального платежа для возникновения и начисления пени. Автору представляется спорной позиция отнесения пени к виду мер юридической ответственности.

¹ Налоговый кодекс Республики Беларусь (Общая часть): Кодекс Респ. Беларусь, 19 дек. 2002 г., №166-З: принят Палатой представителей 15 нояб. 2002 г.: одобр. Советом Респ. 2 дек. 2002 г.: в ред. Закона Респ. Беларусь от 30.12.2011 г. // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 2003. № 4. 2/920; 20012. № 8. 2/1882.

² Налоговый кодекс Российской Федерации (Часть первая) от 31 июля 1998 г., №146-ФЗ: принят Гос. Думой 16 июля 1998 г.: одобр. Советом Федерации 17 июля 1998 г.: в ред. Федер. закона Рос. Федерации от 29.06.2012 г. // КонсультантПлюс: Версия Проф. Технология 4000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». М., 2012.

³ О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс): Закон Республики Казахстан, 10 дек. 2008 г., №99-IV ЗРК (по состоянию на февраль 2012 г.) // Информационная система ПАРАГРАФ-WWW. [Электронный ресурс]. 2012. Режим доступа : http://online.prg.kz/doc/lawyer/?doc_id=30366217. Дата доступа: 13.09.2012.

⁴ Налоговый кодекс Республики Молдова от 24 апр. 1997 г.: в ред. Закона Молдовы от 6 марта 2012 г. // Сайт Государственной Налоговой Службы Республики Молдова [Электронный ресурс]. 2012. Режим доступа: <http://www.lex.md/fisc/codfiscaltxtru.htm#A228>. Дата доступа: 13.09.2012.

⁵ Налоговый кодекс Украины от 2 февр. 2010 г. №2755-VI (текст кодекса по сост. на 21 июля 2012 г.) // Информационно-правовая система «ЛІГА: ЗАКОН 9.1» [Электронный ресурс]. 2012. Режим доступа: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T102755.html. Дата доступа : 13.09.2012.

⁶ Налоговый кодекс Грузии от 22 дек. 2004 г. №692-вс: в ред. Закона Грузии от 30.06.2005 г., №1851-вс (текст кодекса по сост. на 20 апр. 2012 г.) // Российский налоговый портал [Электронный ресурс]. 2012. Режим доступа : <http://www.taxpravo.ru/legislation/law/topic289919/s01ch01>. Дата доступа: 13.09.2012.

⁷ Налоговый кодекс Азербайджанской Республики: утв. Законом Азербайдж. Респ. от 11 июля 2000 г., №905-ІІ // Информационный юридический портал Азербайджана [Электронный ресурс]. 2012. Режим доступа: http://www.legal.az/component /option,com_docman/task,doc_view/gid,94/. Дата доступа: 13.09.2012.

Е.В. Гаврилов

Министерство образования и науки Красноярского края, г. Красноярск

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ ПРИНЕСЕНИЯ ИЗВИНЕНИЯ ПО ДЕЛАМ О ЗАЩИТЕ ЧЕСТИ, ДОСТОИНСТВА И ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ ГРАЖДАН

Одним из потенциальных, но непредусмотренных в ГК РФ, способов защиты чести, достоинства и деловой репутации граждан является принесение извинения.

В настоящее время удовлетворение судом требования о принесении извинения фактически запрещено (см. п. 18 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.02.2005 г. №3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц»). Принесение извинения возможно только при утверждении между истцом и ответчиком мирового соглашения с указанием на то, что ответчик приносит истцу извинение.

Какова правовая природа принесения извинения по делам о защите чести, достоинства и деловой репутации граждан?

Одни ученые полагают, что принесение извинения – это нематериальная форма компенсации морального вреда¹.

Вторая группа ученых считает, что принесение извинения – одна из потенциальных форм реализации опровержения². Соответственно принесение извинения не является самостоятельным способом защиты³.

Третья группа специалистов относит принесение извинения к потенциальным и перспективным способам судебной защиты чести, достоинства и деловой репутации граждан, которое является самостоятельным по отношению к опровержению⁴.

По мнению А.Р. Гусаловой, «...такая форма защиты чести и достоинства, как личное извинение, несмотря на ее нематериальную форму, все же является вполне допустимой в гражданском законодательстве, поскольку в некоторой степени восстанавливает у потерпевшего психическое равновесие»⁵.

М.Н. Малеина квалифицирует принесение извинения как самостоятельный способ защиты наряду с компенсацией неимущественного вреда и опровержением, причем не только по делам о защите чести, достоинства и деловой репутации граждан, но и при защите любого неимущественного права⁶.

Думается, что следует согласиться с третьей точкой зрения, так как принесение извинения ответчиком, в отличие от опровержения, не связано с воздействием на общество, которое хуже стало относиться к лицу (в отношении которого распространены несоответствующие действительности, порочащие сведения), в целях реабилитации в глазах общественности первоначального состояния его чести, достоинства и деловой репутации. Принесение извинения направлено сугубо на «утешение», «удовлетворение» самого опороченного лица, когда одновременно защищаются честь, достоинство и деловая репутация, причем упор делается именно на защиту достоинства.

Не является принесение извинения и формой компенсации морального вреда, так как «в отсутствие искреннего раскаяния извинение со стороны нарушителя может восприниматься потерпевшим как новое издевательство или другое пренебрежение правами личности»⁷. Иными словами, принесение извинения порой вовсе не компенсирует моральный вред, а наоборот, может быть воспринято в качестве катализатора этого самого вреда.

По мнению О.Е. Чорновол, «извинение, не имея материального содержания, не выполняет функции компенсации. Извинение целесообразно легализовать в качестве общего способа защиты гражданских прав (ст. 12 ГК)»⁸.

Стоит признать, что принесение извинения могло бы являться перспективным самостоятельным способом судебной защиты упомянутых нематериальных благ граждан, ведь оно достаточно эффективно применяется в рамках реализации права на реабилитацию лиц, подвергшихся незаконному уголовному преследованию (гл. 18 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации) и при освобождении от отбывания наказания вследствие отмены приговора в связи с прекращением уголовного дела (п. 7 ст. 173 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации).

Помимо этого принесение извинения предусмотрено п. 3 ст. 9 Федерального закона от 07.02.2011 №3-ФЗ «О полиции», п. 5.1 Кодекса этики прокурорского работника Российской Федерации, являющегося приложением 1 к приказу Генеральной прокуратуры Российской Федерации от 17.03.2010 г. №114, подпунктом 2 п. 1 ст. 12 Закона Красноярского края от 31.10.2002 г. №4-608 «О системе профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» и др.

Что касается дел о защите чести, достоинства и деловой репутации, то на сегодняшний день реализация принесения извинения как способа защиты чести, достоинства и деловой репутации граждан в судебном порядке возможна только на основании мирового соглашения. В остальных случаях по указанной категории дел она невозможна; принесение извинения не рассматривается в качестве полноценного способа защиты чести, достоинства и деловой репутации граждан.

Необходимо совершенствовать правовую регламентацию способов защиты чести, достоинства и деловой репутации, в том числе за счет закрепления в гражданском законодательстве принесения извинения в качестве самостоятельного и полноценного способа защиты упомянутых нематериальных благ граждан.

¹ Бюдякова Т.П. Извинение как форма компенсации морального вреда в истории российского государства и права // Государство и право. 2004. № 1. С. 103-105.

² Беспалов А.В. Честь, достоинство, деловая репутация как объекты гражданских прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 22.

³ Суржик А.Ф. Проблемы правового регулирования институтов чести, достоинства и деловой репутации в гражданском праве Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 26-27.

⁴ Макарова Т.Н. Проблемы гражданско-правовой защиты деловой репутации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 20-21.

⁵ Гусалова А.Р. Гражданско-правовая защита деловой репутации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владикавказ, 2012. С. 8, 24.

⁶ Малеина М.Н. Указ. соч.

⁷ Там же.

⁸ Чорновол О.Е. Обязательства по компенсации морального вреда в российском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2011. С. 10, 23.

Н.М. Головин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

КАТЕГОРИИ НЕОБХОДИМОСТИ И СЛУЧАЙНОСТИ КАК ОРГАНОН ДЛЯ СЛУЧАЯ И НЕПРЕОДОЛИМОЙ СИЛЫ

Каждой юридической науке известны предельные теоретические проблемы, которые необходимо разрешать с помощью философии как метатеории права. Средствами исключительно специальной науки сделать исчерпывающий всесторонний объективный вывод по таким вопросам попросту невозможно – как в свое время ярко заметил Ф. Энгельс, что «философия, выгнанная в дверь, затем возвращается через окно».

В области гражданского права одной из таких проблем является понимание природы обстоятельств непреодолимой силы и гражданско-правового случая (казуса). И для ее решения юристами традиционно используются философские категории необходимости и случайности. Они являются органом (т.е. орудием, инструментом, средством познания) для исследователя обозначенных правовых явлений.

В советский период отечественной цивилистики трудно было встретить монографическую литературу, не включавшую параграфа, посвященного философской проблематике. Цивилисты ценили и активно использовали достижения философской науки. Например, О.С. Иоффе писал: «Юридическая наука не создает какой-то особой теории причинности, а, опираясь на категории марксистско-ленинской философии, вырабатывает правила, применение которых позволило бы в каждом отдельном случае выявить причинно-следственную зависимость»¹ (то же самое можно сказать и о категориях случайности и необходимости. – прим. авт.). «Задача советских юристов состоит в том, чтобы практически распространить положения материалистической философии на правовые отношения людей и, в частности, на отношения в гражданском праве»², – вторил Г.К. Матвеев. Однако, несмотря на столь привлекательные методологические установки, ученым, на наш взгляд, не удалось должным образом спроецировать категории случайности и необходимости на юридическую действительность.

Об этом говорит, прежде всего, то, что так и не был содержательно и исчерпывающе разрешен вопрос о соотношении гражданско-правового случая со случайностью как философской категорией. Если отдельные исследователи полагали, что гражданско-правовой случай – это разновидность философского случая³, то большинство советских юристов придерживались прямо противоположного мнения⁴. Такая ситуация говорит о том, что исследование вынесенной в заголовок настоящей статьи темы по-прежнему является актуальным, а гигантский эвристический потенциал философии еще далеко не исчерпан и ждет своего применения.

В рамках настоящей статьи хотелось бы проанализировать феномены случая и непреодолимой силы на предмет того, являются ли они единичными видами общих философских категорий случайности и необходимости, или же их содержание не соответствует этим предельным понятиям науки.

В качестве философской базы мы будем опираться на диалектику, впервые в научной форме представленную Г.В.Ф. Гегелем и развитую затем в марксистской философии.

В первую очередь необходимо отметить, что классики марксизма за исходный пункт берут «относительность различия случайного и необходимого»⁵. Это означает, что «необходимое и случайное являются таковыми только в определенных отношениях; не существует безотносительной необходимости и случайности. Каждое случайное событие является таковым лишь в отношении к более широкому и общему кругу событий, тенденций или условиям. В отношении к своей непосредственной причине любое случайное событие является необходимым»⁶. Практически каждое событие и необходимо, и случайно одновременно (абсолютно необходимый и закономерный характер имеет

разве что течение времени, которое в правовой науке выражается через такие юридические факты, как сроки). Поэтому для квалификации в качестве случайного или необходимого обстоятельство следует оценивать применительно и во взаимодействии с деятельностью уполномоченного субъекта.

Теперь перейдем непосредственно к сущности интересующих нас категорий. «Необходимое, следовательно, должно оказаться чем-то положенным, опосредствованным», – писал Г.В.Ф. Гегель, но в то же время – оно таково непосредственно, оно таково, потому что оно есть»⁷. Необходимость, в самых общих характеристиках – это то, что, должно быть, имеет надлежащее опосредствование, но в то же время и не может быть иначе и является независимым от какой-либо обусловленности другим.

Случайное же «вообще лишь нечто такое, что имеет основание своего бытия не в самом себе, а в другом. ... Мы соответственно этому рассматриваем случайное как нечто такое, что, может быть, и может также и не быть, может быть тем или иным»⁸.

Для целей нашего исследования изложенный выше постулат чрезвычайно важен. В гражданском праве его проявление прослеживается в признаке внешнего по отношению к деятельности обязанного лица характере обстоятельств непреодолимой силы, который часто встречается в теоретических работах, но на данный момент не выражен в законодательстве. Т.е. совершенно очевидно, что непреодолимая сила несет в себе тождество по отношению к случайности. В этой связи стоит согласиться с В.А. Ойгензихтом, полагавшим, что «непреодолимая сила – это разновидность случая в философском смысле, которому придается правовое значение»⁹.

Но исчерпываются ли случайности в гражданском праве только непреодолимой силой? Посмотрим на соотношение гражданско-правового случая с категорией случайности. С обозначенным выше философским содержанием случайности крайне не согласуются определения казуса, представленные во многих работах по гражданскому праву. Например, такие как «случайность характеризует непредвидение субъектом результатов его действия»¹⁰, или «случай является элементом психического процесса»¹¹. Такого рода «случаи» имеют основание в самом себе – в субъективных процессах личности делинквента и его деятельности, в его сознании и воле, а не в чем-то другом и внешнем. Безусловно, они не являются случайностью в строгом философском смысле, а относятся к ряду необходимости.

Вместе с тем существуют и такие объективные природные события, как снегопад, гололед, воздействия которых препятствуют выполнению обязательств, но, находясь в сфере управления ответственного лица, не делают исполнение невозможным, и которые также относятся к гражданско-правовому казусу. Действительно, это случайные явления. Но кроме этого они не только случайные, но также и предотвратимые с юридической точки зрения, т.е. те, которые разумному и осмотрительному (иначе – невиновному) субъекту преодолеть не составит труда. И потому деликты, спровоцированные воздействием случайных событий такого рода, не являются непреодолимой силой и не освобождают от ответственности.

Таким образом, руководствуясь вышеизложенным, можно констатировать, во-первых, что с точки зрения философской методологии в качестве случайности в гражданском праве выступают обстоятельства непреодолимой силы, которые, однако, не просто являются случайностью, преломленной на правовые отношения, но также характеризуются важнейшим юридическим признаком – признаком непредотвратимости. Во-вторых, к числу случайностей относятся также и некоторые виды гражданско-правового казуса (имеющие, однако, предотвратимый характер и от ответственности не освобождающие). И, в-третьих, значительное количество обстоятельств, в гражданском праве понимаемых под случаем, относятся не к случайности, а к необходимости в философском смысле.

¹ Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Юридлит., 1975. С. 113.

² Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве. Киев: Изд-во Киев. ун-та, 1955. С. 53.

³ См.: Иоффе О.С. О некоторых вопросах науки гражданского права // Вестник ЛГУ. 1948, №3. С. 93.

⁴ См.: Павлодский Е.А. Случай и непреодолимая сила в гражданском праве. М.: Юридлит, 1978. С. 32., Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе: Ифрон, 1972. С. 88. Антимонов Б.С. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. М.: Юридлит, 1952. С. 178.

⁵ Ленин В.И. Материализм и эмпириокритицизм. М.: Политлит., 1969. С. 159.

⁶ Орлов В.В. Основы философии. Общая философия. Вып. 2. Пермь: Изд-во Перм. Ун-та, 2006. С. 98.

⁷ Гегель Г.В.Ф. Энциклопедия философских наук. Том 1. Наука Логика. М.: Мысль, 1975. С. 322., 328.

⁸ Гегель Г.В.Ф. Указ. Соч., С. 318.

⁹ Ойгензихт В.А. Указ соч. С. 123.

¹⁰ Красавчиков О.А. Юридические факты в гражданском праве. М.: Госюриздат, 1958. С. 169.

**ПРАВОВАЯ МОДЕЛЬ ОБЕСПЕЧЕНИЯ СОЦИАЛЬНО-ИМУЩЕСТВЕННЫХ
ПОТРЕБНОСТЕЙ ГРАЖДАН**

Удовлетворение имущественных потребностей граждан является важнейшей социально-значимой задачей, гражданско-правовое обеспечение решения которой в условиях формирования демократического социально ориентированного государства должно решаться с использованием новых подходов. Как известно, автором доктрины имущественных потребностей граждан в настоящее время признается доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист РФ Н.А. Баринов. По его мнению, имущественные потребности следует определить как объективно существующую необходимость (нужду) в потреблении материальных благ (товаров, работ, услуг) в целях создания условий для нормальной жизнедеятельности граждан, организаций и общества в целом, а систему имущественных потребностей можно классифицировать на следующие группы: а) в продовольственных товарах; б) в промышленных товарах; в) в жилище; г) в услугах¹.

Вместе с тем, на наш взгляд, в ряду жизненно-значимых имущественных потребностей граждан не менее важная роль принадлежит социальным имущественным потребностям, в первую очередь, возникающих у граждан, попавших в трудную жизненную ситуацию, проблема удовлетворения которых является социально-экономической и правовой проблемой, в разрешении которой заинтересовано российское государство, декларирующее себя социальным. При этом главной сущностной характеристикой общественных отношений, направленных на удовлетворение социально-имущественных потребностей, следует считать их социальную направленность на решение проблем в сферах здравоохранения, образования, занятости, социальной защиты, т.е. на обеспечение достойного уровня жизни и социально-правовой защищенности субъектов гражданских прав. Таким образом, под социально-имущественными потребностями в социальных благах нами понимаются имущественные потребности граждан и их объединений в социальной сфере, обеспечение которых осуществляется оптимальным сочетанием гражданско-правовых и публично-правовых средств, эффективность воздействия которых приводит к решению острых социальных проблем в обществе и повышению уровня социальной защищенности.

Удовлетворение имущественных потребностей, согласно доктрине Н.А. Баринова, обеспечивается правовыми средствами, под которыми им понимается юридические возможности, заложенные в нормах права и его отдельных институтах, которые используются в процессе их реализации. Следуя концепции Н.А. Баринова удовлетворения имущественных потребностей граждан в социальной сфере, необходимо признать, что наличие средств, как таковых, еще не гарантирует достойную жизнь российским гражданам. Более важной задачей является поиск правовых средств их обеспечения.

На наш взгляд, проблему обеспечения социально-имущественных потребностей граждан можно решить лишь с использованием инновационного инструментария, в контексте развития идеологии социального предпринимательства. В связи с этим моделирование данной социально-инновационной конструкции требует поиска оптимального соотношения форм и средств правового воздействия. В целях настоящего исследования, развивая идеи, содержащиеся в трудах Е.П. Губина², под правовой формой нами понимается юридическая комплексная категория, осуществляющая опосредование правом неправовых (экономических, социальных) явлений, нуждающихся в юридической регламентации. Основой правовых форм являются правовые средства, состоящие из норм, выбор которых обуславливается необходимостью решения конкретных юридических задач³.

Исходя из необходимости поиска оптимальных форм социально-предпринимательской деятельности, интегрирующих социальный и экономический эффект, представляется, что в качестве элементов механизма обеспечения социально-имущественных потребностей граждан следует рассматривать такие правовые формы, как государственно-частное партнерство, малый и средний бизнес, некоммерческий сектор. Непосредственное правовое регулирование данных форм осуществляется гражданско-правовыми средствами, в укрупненном виде которые можно представить как гражданская правосубъектность, вещно-правовой и обязательственно-правовой инструментарий, гражданско-правовая охрана⁴. Данные правовые средства представляют собой основу правового механизма, адекватные существу опосредуемых имущественных отношений, изучение специфики которых в свете

творческого развития концепции Н.А. Барина⁵ и социального предпринимательства как инновационно-правовой модели обеспечения социально-имущественных потребностей, представляет дальнейший научный и практический интерес.

Однако представляется, что данная проблема не может быть исчерпана только анализом вышеотмеченных гражданско-правовых средств, поскольку данные правовые средства, с учетом специфики социального предпринимательства, неспособны осуществить эффективное правовое регулирование. Думается, что специфика правового механизма социального предпринимательства будет зависеть от режима государственного регулирования экономики и проявляться в особенностях взаимодействия частноправовых и публично-правовых средств. Очевидно, что правовую регламентацию межотраслевого взаимодействия осуществить только гражданско-правовыми средствами невозможно. Представляется, что прав Е.П. Губин, отмечая, что «специфика предпринимательского права, правового регулирования предпринимательской деятельности, а также предпринимательского законодательства находят выражение в сочетании, взаимодействии частноправовых и публично-правовых интересов, частноправовых и публично-правовых средств»⁶. Изучение правового механизма социально-предпринимательской деятельности, осуществляемой с целью решения острых социальных проблем, невозможно без исследования государственного публично-правового воздействия на регулирование рыночной экономики и предпринимательства в социальной сфере, т.е. публично-правовых средств. На наш взгляд, следует согласиться с ученым в том, что «публично-правовые средства регулирования предпринимательской деятельности прямо оказывают соответствующее влияние на содержание частноправовых средств. Без учета этого обстоятельства применение частноправовых средств будет неполным, а возможно, и ошибочным»⁷.

Анализ особенностей правового режима взаимодействия данных правовых форм и средств позволяет сформировать инновационную правовую модель социального предпринимательства, как модели обеспечения имущественных потребностей граждан, под которым нами понимается предпринимательская деятельность, сочетающая экономический и социальный эффект, достигающийся применением инновационных методов, направленных на решение или смягчение различных социальных проблем общества, и рассматривается в качестве перспективной идеологии формирования концепции инновационно-правового обеспечения социально-имущественных потребностей граждан.

¹ См.: Барин Н.А. Доктрина имущественных потребностей и ее правовое обеспечение // Российская юридическая доктрина в XXI веке: проблемы и пути их решения: Научно-практическая конференция (3-4 октября 2001 г.) / под ред. А.И. Демидова. Саратов: СГАП, 2001. С. 180–182.

² См., например: Губин Е.П. Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: Юрист. 2006.

³ Губин Е.П. Указ. соч. С. 164–165.

⁴ См.: Барков А.В. Цивилистическая концепция правового регулирования рынка социальных услуг: монография. М.: ИГ «Юрист», 2008. С. 70–71.

⁵ См.: Барин Н.А. Имущественные потребности и гражданское право. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1987. С. 64.

⁶ Губин Е.П. Указ. соч. С. 168.

⁷ Там же. С. 171.

Е.М. Гунин

*Кемеровский филиал Российского государственного
торгово-экономического университета, г. Кемерово*

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СТРАХОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ВЛАДЕЛЬЦЕВ ОПАСНЫХ ОБЪЕКТОВ

Обязательное страхование различных категорий рисков воспринято в цивилизованной практике многих государств и находит формализованное выражение в гражданском законодательстве.

Российское гражданское законодательство (часть вторая Гражданского кодекса РФ)¹ также в рамках института страхования (гл. 48) закрепило в ряде норм положения об обязанности страхования, что отражает скорее публичный, нежели частный интерес. Его сущность состоит в обеспечении потерь как личного, так и имущественного характера в рамках осуществления какой-либо хозяйственной деятельности. Так, статья 935 ГК РФ устанавливает, что федеральным законом на указанных в нем лиц может быть возложена обязанность страховать риск своей гражданской ответственно-

сти, которая может наступить вследствие причинения вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц. В этой сфере современный законодатель пока идет по пути создания правовых конструкций обязательного страхования в ряде законов, имеющих различный предмет правового регулирования, которых на сегодняшний день около 50.

К их числу можно отнести, например, Кодекс внутреннего водного транспорта РФ от 07.03.2001 г. №24-ФЗ² (ст. 98 «Страхование жизни и здоровья пассажиров»); Воздушный кодекс РФ от 19.03.1997 г. № 60-ФЗ³ (ст. 131 «Обязательное страхование ответственности владельца воздушного судна перед третьими лицами»); Федеральный закон от 24.07.2002 г. №111-ФЗ «Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в Российской Федерации»⁴ (ст. 25 «Обязательное страхование ответственности специализированного депозитария и управляющих компаний»); Федеральный закон от 29.07.1998 г. № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»⁵ (ст. 24.7 «Договор обязательного страхования ответственности оценщика при осуществлении оценочной деятельности»); Федеральный закон от 10.01.2003 г. №17-ФЗ «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации»⁶ (ст. 31 «Страхование на железнодорожном транспорте общего пользования»); Федеральный закон от 19.07.2007 г. №196-ФЗ «О ломбардах»⁷ (ст. 6 «Страхование вещи, принятой ломбардом в залог или на хранение»); Федеральный закон от 29.10.1998 г. №164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)»⁸ (ст. 21 «Страхование предмета лизинга и предпринимательских (финансовых) рисков»).

Самостоятельными нормативными актами в области обязательного страхования являются Федеральные законы от 24.07.1998 г. №125-ФЗ «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний»⁹, от 25.04.2002 г. №40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»¹⁰, от 15.12.2001 г. №167-ФЗ «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации»¹¹.

Основной нормативный акт в области страхования – Закон РФ от 27.11.1992 г. №4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации»¹² – содержит аналогичные нормы, при этом он устанавливает положения, которые должны содержаться в федеральном законе о конкретном виде обязательного страхования (ст. 3).

В свою очередь, статья 15 Федерального закона от 21.07.1997 г. № 116-ФЗ «О промышленной безопасности опасных производственных объектов»¹³, предусматривает обязанность организации, эксплуатирующей опасный производственный объект, страховать ответственность за причинение вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц и окружающей среде в случае аварии на опасном производственном объекте.

Несмотря на наличие положений об обязательном страховании, соответствующая нормативная практика долгое время оставалась невостребованной, прежде всего, по причинам отсутствия необходимой инфраструктуры и практики реализации подобного вида страховой деятельности.

Необходимость преодоления этих проблем и условия их решения нашли отражение в Федеральном законе от 27.07.2010 г. №225-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте», принятом в развитие указанных положений гражданского и страхового законодательства.

Введение обязательного страхования гражданской ответственности владельцев опасных объектов за вред, причиненный авариями при эксплуатации опасных объектов, продиктовано высоким уровнем опасности таких аварий для жизни, здоровья и имущества людей, большими размерами причиняемого материального ущерба. Создание специальной системы обязательного страхования в сфере эксплуатации опасных объектов продиктовано также опытом государственного регулирования опасных производственных объектов и гидротехнических сооружений большинства зарубежных стран и в Российской Федерации.

В целях реализации соответствующих положений ГК РФ и Закона РФ «Об организации страхового дела в Российской Федерации» Законом №225-ФЗ устанавливаются:

- условия осуществления обязательного страхования гражданской ответственности за причинение вреда при эксплуатации опасного объекта;
- субъекты обязательного страхования, которые участвуют в осуществлении этого вида страхования;
- понятие страхового случая для этого вида страхования;
- характер вреда, который подлежит возмещению по договору обязательного страхования;
- принципы определения и размер страховой суммы;
- принципы исчисления страховой премии и утверждения страховых тарифов и коэффициентов к ним;

- порядок заключения договора страхования, основные обязанности страхователя и страховщика;
- порядок и условия осуществления страховых выплат и условия освобождения страховщика от обязанности произвести страховые выплаты;
- условия прекращения договора страхования.

Предусматриваемое Законом обязательное страхование позволяет не только реально защитить имущественные интересы граждан и юридических лиц, но и экономически стимулировать меры по повышению уровня безопасности опасных объектов. К факторам такого стимулирования следует отнести оценку безопасности эксплуатации опасных объектов со стороны страховщиков, реализацию тарифной политики в зависимости от уровня риска (вероятности) аварии.

Законом №225-ФЗ определяются условия и порядок осуществления обязательного страхования гражданской ответственности владельцев опасных объектов за причинение вреда в результате аварии при эксплуатации опасного объекта на территории Российской Федерации.

Анализ положений Закона и материалов к нему позволяет сделать вывод, что приоритетом является не проблема безопасности эксплуатации объектов, а формирование по аналогии с ОСАГО денежных потоков в виде страховых премий и иных сопутствующих платежей, взимаемых в пользу страховых компаний.

Принятие Закона снимает правовую коллизию, сложившуюся с осуществлением страхования гражданской ответственности владельцев опасных объектов. При этом профильные законы, в частности Закон «О промышленной безопасности опасных производственных объектов» и Федеральный закон от 21.07.1997 г. №117-ФЗ «О безопасности гидротехнических сооружений»¹⁴, в своих нормах установили обязательное страхование гражданской ответственности за причинение вреда при эксплуатации гидротехнических сооружений и опасных производственных объектов.

В то же время Закон РФ «Об организации страхового дела в Российской Федерации» устанавливает, что условия и порядок осуществления обязательного страхования должны быть определены федеральным законом о конкретном виде обязательного страхования. Таким образом, с применением норм об обязательном страховании гражданской ответственности за причинение вреда при эксплуатации гидротехнических сооружений и опасных производственных объектов сложилась неопределенность.

На устранение этих нормативных коллизий двух законов также направлено действие Закона №225-ФЗ. Кроме того, действие Закона позволит:

- осуществлять экономическое регулирование в области защиты прав физических и юридических лиц, которые могут пострадать при авариях на опасных объектах;
- существенно снизить риск и размеры бюджетных выплат на локализацию и ликвидацию чрезвычайных ситуаций, возникающих в случае аварии на опасном объекте;
- стать для владельцев опасных объектов экономическим стимулом к проведению превентивных мероприятий по повышению уровня безопасности опасных объектов.

Разработчики Закона №225-ФЗ ставили задачу установления единых условий, порядка, правовых и экономических основ проведения обязательного страхования гражданской ответственности за причинение вреда при эксплуатации опасного объекта с целью защиты имущественных интересов физических и юридических лиц. Эффективная реализация норм закона позволит решить проблему возмещения вреда, причиняемого жизни, здоровью и имуществу граждан и организаций, создаст оперативную и эффективную систему защиты жертв от аварий на опасных объектах.

¹ Гражданский кодекс РФ (часть вторая) // СЗ РФ. 1996. №5. Ст. 410.

² Кодекс внутреннего водного транспорта РФ от 07.03.2001 г. №24-ФЗ (ред. от 07.2011 г.) // СЗ РФ. 2001. №11. Ст. 1001.

³ Воздушный кодекс РФ от 19.03.1997 г. №60-ФЗ (ред. от 06.12.2011 г., с изм. и доп., вступающими в силу с 23.02.2012 г.) // СЗ РФ. 1997. №12. Ст. 1383.

⁴ Федеральный закон от 24.07.2002 г. №111-ФЗ «Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в Российской Федерации» (ред. от 30.11.2011 г., с изм. и доп., вступившими в силу с 21.12.2011 г.) // СЗ РФ. 2002. №30. Ст. 3028.

⁵ Федеральный закон от 29.07.1998 г. №135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» (ред. от 03.02.2011 г.) // СЗ РФ. 1998. №31. Ст. 3813.

⁶ Федеральный закон от 10.01.2003 г. №17-ФЗ «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации» (ред. от 07.11.2011 г.) // СЗ РФ. 2003. №31. Ст. 169.

⁷ Федеральный закон от 19.07.2007 г. №196-ФЗ «О ломбардах» (ред. от 02.11.2007 г.) // СЗ РФ. 2007. №31. Ст. 3992.

⁸ Федеральный закон от 29.10.1998 г. №164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)» (ред. от 08.05.2010 г.) // СЗ РФ. 1998. №44. Ст. 5394.

⁹ Федеральный закон от 24.07.1998 г. №125-ФЗ «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» (ред. от 03.12.2011 г., с изм. и доп., вступившими в силу с 01.01.2012 г.) // СЗ РФ. 1998. №31. Ст. 3803.

¹⁰ Федеральный закон от 25.04.2002 г. №40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» (ред. от 30.11.2011 г.) // СЗ РФ. 2002. №18. Ст. 1720.

¹¹ Федеральный закон от 15.12.2001 г. №167-ФЗ «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации» (ред. от 03.12.2011 г.) // СЗ РФ. 2001. №51. Ст. 4832.

¹² Закон РФ от 27.11.1992 г. №4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации» (ред. от 30.11.2011 г., с изм. и доп., вступившими в силу с 01.01.2012 г.) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. №2. Ст. 56.

¹³ Федеральный закон от 21.07.1997 г. №116-ФЗ «О промышленной безопасности опасных производственных объектов» (ред. от 30.11.2011 г., с изм. и доп., вступившими в силу с 01.01.2012 г.) // СЗ РФ. 1997. №30. Ст. 3588.

¹⁴ Федеральный закон от 21.07.1997 г. №117-ФЗ «О безопасности гидротехнических сооружений» (ред. от 07.12.2011г.) // СЗ РФ. 1997. №30. Ст. 3689.

Е.В. Ельникова

Российская академия правосудия, г. Москва

ОБ ОБЯЗАННОСТЯХ ПОРУЧИТЕЛЯ ПРИ НАСЛЕДОВАНИИ: АНАЛИЗ ПРАВОВЫХ ПОЗИЦИЙ ВЫСШИХ СУДЕБНЫХ ИНСТАНЦИЙ

Поручительство как способ обеспечения исполнения обязательства используется в хозяйственной практике достаточно широко, особенно применительно к тем обязательствам, в отношении которых применение иных обеспечительных мер (в частности, залога, ипотеки) является либо невозможным, либо нецелесообразным. Преимущества поручительства перед иными обеспечительными мерами вполне очевидны: отсутствие сложной и длительной процедуры оформления отношений с поручителем, необходимости привлечения оценщика и оплаты его услуг, выведения из оборота в том или ином объеме денежных средств и пр.

Нет сомнений в том, что правовое регулирование отношений поручительства, прежде всего, направлено на создание для кредитора надёжных гарантий в том, что его имущественный интерес не будет ущемлён даже при неисполнении обязательства должником, поскольку в этом случае увеличивается круг обязанных перед кредитором лиц, что предоставляет ему более широкие возможности получить исполнение. В то же время действующие правовые нормы и практика их применения не всегда в должной мере учитывают имущественные интересы самого поручителя, что не может не подрывать у потенциальных поручителей доверие к самому институту поручительства.

В судебной практике возникает немало проблем, связанных с применением правовых норм §5 главы 23 Гражданского кодекса РФ, регулирующих отношения поручительства. Одной из наиболее спорных проблем является решение вопроса о сохранении или прекращении обязанностей поручителя при возникновении наследственных правоотношений. При этом следует рассмотреть следующие возможные ситуации: 1) будут ли сохраняться обязательства поручителя в случае смерти должника по основному обязательству? 2) включаются ли в наследственную массу обязательства из договора поручительства в случае смерти самого поручителя?

В науке можно встретить различные позиции по обозначенным вопросам, не отличается единообразием и судебная практика, в том числе правовые позиции высших судебных инстанций, что не способствует обеспечению стабильности гражданского оборота.

Согласно п. 2 ст. 367 ГК при переводе на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству поручительство сохраняется, если только поручителем было дано согласие кредитору отвечать за нового должника. Распространяется ли эта норма на случаи, связанные с переменной лиц в обеспечиваемом поручительством обязательстве в результате смерти должника? Положительный ответ на данный вопрос содержится в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о наследовании»¹, в соответствии с п. 62 которого «согласно пункту 2 статьи 367 ГК РФ поручитель наследодателя становится поручителем наследника лишь в случае, если поручителем было дано согласие отвечать за неисполнение обязательства наследниками». Такой под-

ход позволяет включать в договор поручительства условие о согласии поручителя быть обязанным и после перехода обязанностей должника к его наследникам, что разделяется некоторыми авторами².

Как представляется, понятие «перевод долга» охватывает лишь такие случаи перемены лиц в обеспеченном поручительством обязательстве, которые связаны с волевыми действиями самого должника. Смерть должника является юридическим фактом – событием, не связанным с волеизъявлением должника, поэтому правовые последствия в этом случае не могут определяться нормой п. 2 ст. 367 ГК РФ, предназначенной для регулирования иных по природе правоотношений. Следовательно, согласие поручителя отвечать за неисполнение обязательства наследниками должника не должно иметь правового значения в контексте вышеназванной нормы, поскольку его допустимость ею не предусмотрена. С целью исключения основания считать такое согласие ничтожным некоторыми исследователями уже были высказаны предложения о необходимости дополнения ст. 367 ГК РФ абзацем 4 следующего содержания: «В случае смерти заемщика по кредиту поручитель отвечает за нового заемщика только в случае, если такое согласие было закреплено в договоре либо было дано поручителем после смерти заемщика»³. В этом случае следует считать, что при отсутствии согласия поручителя его обязанности из договора поручительства должны прекращаться.

Может ли кредитор при переходе обязательства к наследникам должника в порядке универсального правопреемства привлечь к ответственности поручителя? О.В. Пантюшов считает, что закон в императивном порядке устанавливает тех лиц, которые отвечают по долгам наследодателя, поэтому кредитор обязан предъявить свои требования по кредиту именно к данным лицам. Так, в случае же смерти должника ответственность по его долгам в силу закона несут наследники должника в пределах полученного наследства, причем наследники отвечают по долгам солидарно (п. 1 ст. 1175 ГК РФ). По его мнению, в этом случае поручитель освобождается от ответственности⁴.

Думается, что для освобождения от ответственности законом должны быть предусмотрены определённые основания. В то же время статья 367 ГК РФ не содержит такого основания прекращения поручительства, как смерть основного должника. Это обстоятельство лежит в основе правовой позиции ВАС РФ, изложенной в Постановлении Пленума №42 от 12 июля 2012 года⁵, согласно п. 20 которого смерть должника не прекращает поручительство (за исключением случаев, когда обязательство прекращается смертью гражданина в соответствии со статьёй 418 ГК), при этом положения пункта 2 ст. 167 ГК РФ применению не подлежат; иное может быть предусмотрено договором поручительства. Важное значение имеет вывод названного Пленума ВАС РФ о том, что поручитель в отношениях с кредитором не вправе ссылаться на ограниченную ответственность наследников и требовать уменьшения размера своей ответственности по договору поручительства пропорционально стоимости наследственного имущества. Представляется, что такой подход нарушает имущественные интересы поручителя, поскольку лишает его возможности получить от наследников должника в порядке регресса удовлетворение в полном объёме, при этом ответственность поручителя не ограничивается.

В условиях действующего законодательства для защиты прав поручителя представляется возможными более широко использовать потенциал п. 1 ст. 367 ГК РФ в части допустимости прекращения поручительства в случае изменения обеспеченного им обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего. Изменение обязательства следует трактовать более широко, не ограничиваясь только его предметом, а понимая под ним в том числе и субъектный состав обязательства. В контексте данной нормы наличие такого согласия поручителя не только является допустимым, но и позволяет возложить на него ответственность за неисполнение обеспеченного поручительством обязательства теперь уже наследниками должника.

Гораздо больший интерес представляет ситуация, когда такое согласие отсутствует. Представляется, что в этом случае у поручителя имеется право требовать прекращения поручительства при представлении им доказательств того, что перемена лиц в обязательстве влечёт неблагоприятные для него последствия, которые могут выражаться в том числе и в отсутствии возможности получить полное возмещение при исполнении обеспеченного поручительством обязательства. При оценке судом наличия либо отсутствия неблагоприятных последствий для поручителя целесообразно учитывать характер отношений между поручителем и должником, в частности, наличие договора о предоставлении поручительства и его условия (в том числе возмездность), а также выдачу поручительства в качестве осуществления предпринимательской деятельности.

По вопросу о том, будут ли обязательства поручительства прекращены в случае смерти поручителя или же они переходят к его наследникам в порядке универсального правопреемства, позиции высших судебных инстанций также различаются. Из содержания Постановления Пленума ВАС РФ

№42 следует, что в случае смерти поручителя обязательными по договору поручительства являются наследники поручителя, которые отвечают солидарно в пределах стоимости перешедшего к ним наследственного имущества, если иное не предусмотрено договором поручительства (абз. 4 п. 20). Таким образом, ВАС РФ не относит обязательства из договора поручительства к обязательствам, тесно связанным с личностью наследодателя и, как следствие, не усматривает оснований для их прекращения, кроме случаев, когда это предусмотрено договором поручительства. Такой подход вызывает вопросы, связанные с ограничением ответственности наследников поручителя. Если в этом случае имеет место перемена лиц в обязательстве в порядке универсального правопреемства, и наследник поручителя занимает его место в договоре поручительства по обязательству, срок наступления которого не наступил, то в дальнейшем при предъявлении требования к нему как обязанному по договору поручительства лицу пределы его ответственности не должны быть ограничены стоимостью наследственного имущества, поскольку в этом случае наследник будет отвечать уже не по долгам наследодателя, а по своим собственным обязательствам.

Иной позиции придерживается Верховный суд РФ. В соответствии с п. 62 Постановления Пленума ВС РФ №9 наследники поручителя отвечают также в пределах стоимости наследственного имущества по тем обязательствам поручителя, которые имелись на время открытия наследства. Представляется, что ограничение ответственности наследников поручителя пределами стоимости наследственного имущества применимо к тем долгам наследодателя, которые уже возникли из договора поручительства к моменту его смерти. Обязательства из договора поручительства по основному обязательству, срок исполнения которого не наступил до момента смерти поручителя, должны прекращаться смертью поручителя как тесно связанные с его личностью. Такой подход представляется более обоснованным и должен стать универсальным.

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ №9 от 29 мая 2012 года «О судебной практике по делам о наследовании» // Российская газета. №127. 06.06.2012.

² См.: Пантюшов О.В. Поручительство по кредиту в случае смерти должника // Банковское право, 2009, №2; Киричук А.А. Проблемы применения способов обеспечения исполнения обязательств по потребительскому кредитованию // Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2010.

³ См.: Киричук А.А. Указ. соч.

⁴ См.: Пантюшов О.В. Указ. соч.

⁵ Постановление Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 года №42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» // Вестник Высшего арбитражного суда. 2012. №9.

С.Н. Заболотный

Российская академия правосудия, г. Москва

О ПОРЯДКЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ОСОБО ЦЕННОГО ИМУЩЕСТВА АВТОНОМНОГО ОБРАЗОВАТЕЛЬНОГО УЧРЕЖДЕНИЯ

Одной из наиболее важных отличительных особенностей гражданско-правового статуса автономного учреждения является невозможность распоряжаться, а также отвечать по своим обязательствам недвижимым и особо ценным движимым имуществом, закрепленным за автономным учреждением собственником этого имущества или приобретенных автономным учреждением за счет выделенных таким собственником средств.

Для более четкого определения пределов ответственности автономного учреждения важно точно определить, какое именно имущество составляет категорию «особо ценного движимого имущества», поскольку критерии отнесения имущества к названной категории не оставались неизменными.

До 1 января 2011 года порядок определения видов особо ценного движимого имущества устанавливался Постановлением Правительства РФ от 31.05.2007 №337, в соответствии с которым к нему в числе иных категорий должно было быть отнесено движимое имущество, балансовая стоимость которого превышает 50 тыс. рублей¹.

Практика функционирования автономных учреждений выявила необходимость уточнения критериев отнесения движимого имущества к особо ценному. В настоящее время порядок отнесения имущества к названной категории установлен Постановлением Правительства РФ от 26.07.2010 №538 «О порядке отнесения имущества автономного или бюджетного учреждения к категории особо ценного движимого имущества».²

Согласно пункту 4 названного постановления при определении перечней особо ценного движимого имущества автономных учреждений в состав такого имущества подлежат включению:

а) движимое имущество, балансовая стоимость которого превышает:

- для федеральных автономных учреждений – размер, установленный федеральными органами государственной власти, осуществляющими функции и полномочия учредителя, в отношении соответствующих федеральных автономных учреждений в интервале от 200 тыс. рублей до 500 тыс. рублей;
- для автономных учреждений, которые созданы на базе имущества, находящегося в собственности субъекта Российской Федерации, - размер, установленный нормативным правовым актом высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации в интервале от 50 тыс. рублей до 500 тыс. рублей либо государственными органами субъекта Российской Федерации, осуществляющими функции и полномочия учредителя в отношении соответствующих автономных учреждений субъекта Российской Федерации, в интервале, установленном нормативным правовым актом высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации с соблюдением указанных ограничений, если этим нормативным правовым актом такое право будет предоставлено органам, осуществляющим функции и полномочия учредителя;
- для автономных учреждений, которые созданы на базе имущества, находящегося в муниципальной собственности, – размер, установленный нормативным правовым актом местной администрации в интервале от 50 тыс. рублей до 200 тыс. рублей либо органами местного самоуправления, осуществляющими функции и полномочия учредителя в отношении соответствующих муниципальных автономных учреждений, в интервале, установленном нормативным правовым актом местной администрации с соблюдением указанных ограничений, если этим нормативным правовым актом такое право будет предоставлено органам, осуществляющим функции и полномочия учредителя;

б) иное движимое имущество, без которого осуществление автономным учреждением предусмотренных его уставом основных видов деятельности будет существенно затруднено и (или) которое отнесено к определенному виду особо ценного движимого имущества:

в) имущество, отчуждение которого осуществляется в специальном порядке, установленном законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, в том числе музейные коллекции и предметы, находящиеся в федеральной собственности и включенные в состав государственной части Музейного фонда Российской Федерации, а также документы Архивного фонда Российской Федерации и национального библиотечного фонда.

Ведение перечня особо ценного движимого имущества осуществляется автономным учреждением на основании сведений бухгалтерского учета государственных (муниципальных) учреждений о полном наименовании объекта, отнесенного в установленном порядке к особо ценному движимому имуществу, его балансовой стоимости и об инвентарном (учетном) номере (при его наличии).

В отношении автономных образовательных учреждений высшего профессионального образования подведомственных Министерству образования и науки Российской Федерации, Приказом Минобрнауки РФ от 31.12.2010 №2261³ определено, что в состав особо ценного движимого имущества подлежит включению движимое имущество, балансовая стоимость которого превышает 500 тыс. рублей. В приложении к названному акту закреплены виды особо ценного движимого имущества, без которого осуществление автономным учреждением предусмотренных его уставом основных видов деятельности будет существенно затруднено. К нему относится движимое имущество независимо от его балансовой стоимости:

1) необходимое для осуществления видов деятельности, определенных уставом автономных или бюджетных учреждений, отсутствие которого приведет к прекращению деятельности указанных учреждений, восполнение которого не представляется возможным в связи с уникальностью и (или) отсутствием достаточных средств у автономных или бюджетных учреждений на его приобретение;

2) необходимое для обеспечения безопасности содержания и эксплуатации ядерных, радиационных, химически и (или) биологически опасных объектов, а также содержания, охраны жизни и здоровья обучающихся и работников, воспитанников, в том числе для организации питания, медицинского обслуживания, отсутствие которого приведет к прекращению деятельности автономных или бюджетных учреждений, восполнение которого не представляется возможным в связи с уникальностью и (или) отсутствием достаточных средств у автономных или бюджетных учреждений на его приобретение;

3) отнесенное к исключительным правам.

Следует отметить, что включение в состав особо ценного движимого имущества исключительных прав выходит за рамки указанной категории имущества, поскольку понятие «движимое имущество» распространяется исключительно на вещи и не охватывает другие объекты гражданских прав. С другой стороны, состав имущества образовательного учреждения не может ограничиваться лишь недвижимыми и движимыми вещами, поскольку для эффективной деятельности образовательного учреждения важное значение имеет принадлежность ему исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности. В связи с этим считаем целесообразным внести уточнения в п. 3 ст. 3 Закона №174, а также в Постановление Правительства РФ от 26.07.2010 №538 и нормативно-правовые акты, принятые в соответствии с ним федеральными органами исполнительной власти, высшими исполнительными органами государственной власти субъектов РФ, местными администрациями, в отношении определения особо ценного имущества, под которым должно пониматься движимое и иное имущество, без которого осуществление автономным учреждением своей уставной деятельности будет существенно затруднено.

¹ Постановление Правительства РФ от 31.05.2007 №337 (ред. от 05.08.2009) «О порядке определения видов особо ценного движимого имущества автономного учреждения» // Российская газета, №119, 06.06.2007 (утратило силу).

² Постановление Правительства РФ от 26.07.2010 №538 «О порядке отнесения имущества автономного или бюджетного учреждения к категории особо ценного движимого имущества» // Российская газета, №171, 04.08.2010.

³ Приказ Минобрнауки РФ от 31.12.2010 N 2261 «Об определении видов особо ценного движимого имущества» // Российская газета, №32, 16.02.2011.

Т.Б. Замотаева

Самарская гуманитарная академия, г. Самара

КРИТЕРИИ ВОЗМЕЩЕНИЯ ВРЕДА, ПРИЧИНЕННОГО ЗДОРОВЬЮ

В Уставе Всемирной организации здравоохранения здоровье определяется как состояние полного физического, душевного и социального благополучия, а не только как отсутствие болезней и физических дефектов. Аналогичное определение дано в ст. 2 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в РФ» (далее ФЗ)¹: здоровье – состояние физического, психического и социального благополучия человека, при котором отсутствуют заболевания, а также расстройства функций органов и систем организма. О праве на охрану здоровья и медицинскую помощь говорится в ст. 12 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.²

Здоровье – одно из высших благ человека, без которого могут утратить значение многие другие блага, возможность пользоваться другими правами (выбор профессии, свобода передвижения и др.)³.

Умаление здоровья может быть выражено в телесных повреждениях, т.е. анатомических или функциональных нарушениях органов или тканей человека, либо в заболеваниях или патологических состояниях, возникающих в результате действия различных (физических, включая механические, химических, биологических, психических) факторов окружающей внешней среды⁴.

Законодательство РФ устанавливает, что принципами охраны здоровья граждан являются: соблюдение прав человека и гражданина в области здравоохранения и соответствующие государственные гарантии; приоритет профилактических мер в области охраны здоровья граждан; доступность медико-социальной помощи; социальная защищенность граждан в случае утраты здоровья; ответственность органов и учреждений публичной власти, должностных лиц, а также предприятий, учреждений, организаций независимо от форм собственности за обеспечение прав граждан в области охраны здоровья⁵.

С целью реализации этих принципов в России созданы системы государственного, муниципального и частного здравоохранения. Таким образом, государство создало альтернативу для пациента, оставив за ним право выбора медицинской организации, оказывающей медицинскую помощь.

Однако в случае причинения гражданину увечья или ином повреждении его здоровья (ст. 1085 ГК РФ) это правило действует ограниченно. Постановление Пленума указывает, что расходы на лечение и иные дополнительные расходы подлежат возмещению причинителем вреда, если будет установлено, что потерпевший нуждается в этих видах помощи и ухода и *не имеет права на их бесплат-*

ное получение⁶. Как правило, любой рядовой гражданин РФ такое право имеет. Практика судов показывает, что исковые требования о возмещении расходов на лечение потерпевших не удовлетворяются, если потерпевший обратился не в свою районную поликлинику, а в частную медицинскую организацию⁷. К сожалению, но приходится констатировать, что не всегда районные поликлиники отличаются качеством медицинских услуг. При обращении в подобном случае не в государственное (муниципальное) лечебное учреждение потерпевший руководствуется критерием получения более квалифицированной медицинской помощи, нежели взыскания большей суммы с причинителя вреда.

Вред, причиненный здоровью гражданина в силу его неимущественной, естественной природы – не возмещаем, т.к. не имеет денежной оценки. Созданный государством механизм, носящий компенсационный характер, основывается на медико-социальных критериях и на степени утраты трудоспособности. Данный подход имеет определенные недостатки. По мнению А.М. Рабец, за пределами правового учета остаются «такие ситуации, при которых трудоспособность как бы вообще не утрачена, но в силу противопоказаний лицо не может выполнять работу по своей профессии, например, после травмы или неблагоприятного воздействия на организм женщины вредных веществ ее трудоспособность не утрачена, но поражена репродуктивная функция организма. Имеет место парадокс: с точки зрения медицинской вред здоровью налицо, с точки зрения правовой он полностью отсутствует»⁸.

Установление единственного критерия – «утрата трудоспособности», приводит к дифференцированному подходу при защите прав в случае причинении вреда здоровью отдельным категориям граждан. Так, инвалиду-колясочнику была причинена травма дверью неисправного лифта. В подобной ситуации категория «трудоспособность» не может быть применена, а пострадавший вправе заявить требование лишь о возмещении затрат на лечение и компенсации морального вреда.

Интерес представляют Правила установления степени утраты профессиональной трудоспособности в результате несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний⁹. Степень утраты профессиональной трудоспособности потерпевшего определяется исходя из оценки имеющихся у пострадавшего профессиональных способностей, психофизиологических возможностей и профессионально значимых качеств, позволяющих продолжать выполнять профессиональную деятельность, предшествующую несчастному случаю на производстве и профессиональному заболеванию, того же содержания и в том же объеме либо с учетом снижения квалификации, уменьшения объема выполняемой работы и тяжести труда в обычных или специально созданных производственных условиях (п. 12 Правил).

Причинение вреда здоровью как специальный деликт охватывает и случаи причинения вреда при исполнении договорных обязательств, а также при исполнении обязанностей военной службы, службы в милиции и других соответствующих обязанностей и возмещается по правилам гл. 59 ГК РФ, если законом или договором не предусмотрен более высокий размер ответственности.

Таким образом, вред, причиненный нематериальному благу – здоровью, имеет нематериальную природу. Однако в рамках гражданских правоотношений ответственность может быть только имущественной: возмещение лицу причиненного вреда, компенсация морального вреда.

¹ Федеральный закон от 21.11.2011 №323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // «Собрание законодательства РФ», 28.11.2011, №48, ст. 6724.

² Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных с иностранными государствами, М., 1978, вып. XXXII, С. 36.

³ См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В.Д. Зорькина, Л.В. Лазарева. М.: Эксмо, 2010.

⁴ См.: Томилин В.В. Судебно-медицинская оценка дефектов оказания медицинской помощи в учреждениях здравоохранения России // Судебно-медицинская экспертиза. 2000. №1.

⁵ Там же.

⁶ См.: пп. б, п. 27 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 января 2010 г. №1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина».

⁷ См., например: Определение Московского областного суда от 18 октября 2011 г. по делу №33-23688 // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Рабец А.М. Обязательства по возмещению вреда, причиненного жизни и здоровью. М., 1998. С. 107.

⁹ Постановление Правительства РФ от 16.10.2000. №789.

Н.В. Зернин, Г.Н.Эйриян

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

**ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ ВЫСШЕГО АРБИТРАЖНОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
ПО ВОПРОСУ ИЗМЕНЕНИЯ РАЗМЕРА АРЕНДНОЙ ПЛАТЫ В ДОГОВОРЕ
АРЕНДЫ ЗЕМЕЛЬНОГО УЧАСТКА С УЧАСТИЕМ ПУБЛИЧНЫХ
ОБРАЗОВАНИЙ НА СТОРОНЕ АРЕНДОДАТЕЛЯ**

Позиция арбитражных судов и, в частности, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вынесенному в заглавие вопросу на протяжении последних пяти лет неоднократно менялась (уточнялась), причем кардинально.

Проблема состоит в возможности одностороннего изменения арендодателем (публичным образованием) условия заключенного договора аренды земельного участка о размере арендной платы.

До принятия постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №12404/09 от 02.02.2010 г. суды по-разному решали этот вопрос, отдавая предпочтение либо условиям договора, независимо от изменения ставок арендной платы нормативными актами, либо нормативно установленным публичными образованиями ставкам арендной платы. При этом практика склонялась к частно-правовой позиции, основанной на нормах п. 4 ст. 421, п. 2 ст. 422, п. 2 ст. 424 ГК РФ, которая исходит из приоритета договорных условий.

Коренным образом позиция судов изменилась с принятием указанного выше постановления Президиума ВАС РФ №12404/09 от 02.02.2010 г. В данном постановлении акцент делается на регулируемый характер стоимости аренды в соответствии с п. 3 ст. 65 Земельного кодекса Российской Федерации. Поскольку ставки арендной платы являются регулируемыми ценами, стороны обязаны руководствоваться предписанным размером арендной платы за земельные участки, находящиеся в государственной или муниципальной собственности, и не вправе применять другой размер арендной платы. Поэтому независимо от предусмотренного договором механизма изменения арендной платы новый ее размер подлежит применению автоматически с даты вступления в силу соответствующего нормативного акта, что согласуется, по мнению Суда, с правилами ст. 424 ГК РФ.

При этом, несмотря на то, что данный прецедент возник в связи с необходимостью изменения договорных условий об арендной плате в связи с установленными позднее более льготными ставками, его стали применять и при установлении нормативными актами повышенных ставок, что на практике происходит гораздо чаще. Причем в некоторых случаях размер ставок по сравнению с договором увеличивался в разы, что приводило к ущемлению прав арендаторов.

Постановлением Президиума ВАС РФ №1709/11 от 05.07.2011 г. предпринята попытка поправить указанную выше правовую позицию. Исходя из обстоятельств дела, в результате установления арендодателем иной, не указанной в договоре аренды методики расчета арендной платы, размер арендной платы повысился в 21 раз.

Высший Арбитражный Суд РФ указал, что в соответствии с п. 4 ст. 22 Земельного кодекса размер арендной платы определяется договором аренды, но, поскольку в силу п. 3 ст. 65 Земельного кодекса РФ стоимость аренды относится к категории регулируемых цен, органы государственной власти и местного самоуправления вправе изменять ставки арендных платежей, что не является нарушением условий договора, но если договор содержал в качестве условия определенную методику расчета размера арендной платы, то изменения ее формулы посредством упразднения старых или введения новых расчетных коэффициентов, не связанное с изменением базовых ставок, возможно только в порядке п. 1 ст. 452 ГК РФ.

Достаточно ясная вышеуказанная позиция была «затуманена» оправданием применения правовой позиции, сформулированной в предыдущем постановлении, которое, по мнению Высшего Арбитражного Суда РФ распространяется на непонятные случаи, когда соответствующие ставки платежей установлены таким нормативно-правовым актом, который является обязательным к применению в равной степени для обеих сторон.

Очередная правовая позиция выражена в постановлении Президиума ВАС РФ №9069/11 от 06.12.2011 г. Ее следует рассматривать как шаг к возврату к продоговорному подходу решения данной проблемы.

Суд установил, что поскольку стороны договора аренды, заключенного до введения в действие Земельного кодекса Российской Федерации, согласовали размер арендной платы и не допустили возможности его изменения арендодателем в одностороннем порядке с последующим переходом прав арендодателя к муниципальному образованию, последнее не приобрело право в одностороннем порядке изменять установленный договором размер арендной платы.

Принятие постановления породило новые вопросы: о соотношении данного постановления с предыдущими, а также о возможности применения изложенной в нем позиции в ситуации, когда не произошла смена арендодателя? Кроме того, по нашему мнению, принципиальная разница в регулировании указанных отношений до и после принятия земельного кодекса не существует.

Как представляется, Высшему Арбитражному Суду РФ следовало признать ошибочность «публичного» подхода в решении данной проблемы либо, исходя из приоритета интересов арендатора, как более слабой стороны в данных отношениях, сохранить его применительно к ситуации, когда нормативными актами публичных образований вводятся льготные по сравнению с договором аренды ставки арендной платы.

Неопределенность в данном вопросе нарушает принципы правовой определенности равенство участников гражданских правоотношений и разумного баланса частного и публичного интересов.

А.Д. Золотухин

Тамбовский государственный университет им. Г.Р. Державина, г. Тамбов

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОДЕРЖАНИЯ СУДЕБНОГО ДОКАЗЫВАНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

В науке гражданского процессуального права до сих пор остается дискуссионным вопрос о том, что является судебным доказыванием. Это относится как к определению субъектов, участвующих в доказывании, так и к содержанию процесса доказывания. Особый интерес вызывает проблема определения роли суда в процессе доказывания. Однако не менее интересно исследование проблемы содержания судебного доказывания в гражданском судопроизводстве, т.е. его элементов (стадий, частей, этапов). Это относится не только к определению количества элементов содержания судебного доказывания, определению роли каждого элемента в процессе доказывания, но и к определению участия в их реализации лиц, участвующих в деле, и суда. Это имеет значение, так как законодатель, определяя современный принцип состязательности в гражданском судопроизводстве, значительно ограничил роль суда в процессе доказывания. Это, прежде всего, относится к таким элементам содержания как «представление доказательств» и «собираение доказательств».

В науке гражданского процессуального права большинство ученых процессуалистов определяя понятие «судебное доказывание» исходит из того, что эта деятельность является процессом познания. Так, профессор И.В.Решетникова определяет судебное доказывание как «разновидность познания, протекающая в специфической процессуальной форме и охватывающая мыслительную, процессуальную деятельность субъектов, обосновывающих те или иные положения и выводящих на основе этого новые знания в суде»¹. «Ступени» (этапы) познания можно назвать элементами доказывания»².

В ГПК РФ законодатель фактически обозначил элементы содержания процесса судебного доказывания. К элементам содержания этого процесса законодатель относит возможность «представления доказательств», «собираения доказательств», «истребования доказательств», «исследования доказательств», «оценки доказательств» (ст. 57, 67, 175 ГПК РФ).

В науке гражданского процессуального права существуют различные точки зрения в отношении количества элементов (стадий, этапов), входящих в содержание процесса судебного доказывания и их роли в процессе доказывания. В период действия принципа объективной истины, профессор К.С. Юдельсон в доказательственную деятельность включал следующие элементы: установление круга фактов подлежащих доказыванию, выявление средств доказывания, соби́рание средств доказывания, назначение в нужных случаях экспертизы, получение сведений с помощью предусмотренных законом средств и исследование их достоверности в судебном заседании, оценка фактических данных³. В настоящее время профессор М.К. Треушников считает, что процесс доказывания состоит из следующих элементов: утверждение о фактах, указание заинтересованных лиц на доказательства, представление доказательств, раскрытие доказательств, истребование доказательств судом по хода-

тайству лиц, участвующих в деле, и по своей инициативе, исследование доказательств, оценка доказательств⁴. Профессор И.В. Решетникова предлагает следующие элементы процесса доказывания: определение круга фактов подлежащих доказыванию, выявление доказательств, собирание доказательств, исследование доказательств, оценка доказательств⁵. В отличие от вышеуказанных точек зрения профессор С.Ф.Афанасьев не указывает в качестве элемента процесса доказывания такой элемент как «установление круга фактов подлежащих доказыванию». По его мнению, процесс доказывания состоит из следующих этапов (элементов): указание заинтересованных лиц на доказательства, представление и раскрытие доказательств, собирание и истребование доказательств, фиксация и исследование имеющихся доказательств, оценка доказательств⁶. Соглашаясь с мнением профессора С.Ф. Афанасьева, мы считаем, что установление (определение) круга фактов, подлежащих доказыванию, не может являться элементом (стадией, этапом) содержания процесса доказывания, так как эта деятельность лиц, участвующих в деле, и суда, является самостоятельным процессом и находится за рамками процесса доказывания. Так же нет необходимости определять в качестве элемента процесса доказывания, указание заинтересованных лиц на доказательства (М.К. Треушников, С.Ф. Афанасьев). Действительно, ГПК РФ содержит требования законодателя, обязывающие истца указывать на доказательства при составлении искового заявления (п. 5ч. 2. ст. 131 ГПК РФ). Однако по нашему мнению эта деятельность входит в состав такого элемента содержания процесса доказывания, как «представление доказательств», так как содержание элемента «представление доказательств» заключается в передаче сторонами и другими лицами, участвующими в деле, суду имеющихся у них доказательств. Элемент «представление доказательств» может включать в себя и деятельность сторон по розыску и добыванию доказательств, так как эта деятельность сторон может быть осуществлена до их обращения в суд. Однако эта деятельность может определяться и как самостоятельный элемент содержания судебного доказывания как элемент «собирание доказательств» (В.В. Ярков, С.Ф. Афанасьев). В этом им может оказывать помощь и суд, однако эта помощь может носить только технический характер. Эта помощь предоставляется только тогда, когда сторона сама не может истребовать доказательства (ст. 57 ГПК РФ). Необходимо оговориться, что в производстве по делам, возникающим из публичных отношений, суду предоставлено право заниматься деятельностью по розыску и добыванию доказательств, что так же определяется как элемент «собирание доказательств». Вопрос о включении в процесс доказывания такого элемента как «раскрытие доказательств» сторонами (М.К. Треушников, С.Ф. Афанасьев), остается открытым, так как законодатель в ГПК РФ прямо не определяет этот процесс. И конечно обязательными элементами процесса доказывания являются такие элементы как «исследование доказательств» и «оценка доказательств». При реализации этих элементов обязательно участвует суд. Нет необходимости включать в содержание процесса судебного доказывания деятельность суда по фиксации доказательств в качестве части элемента судебного доказывания «исследование доказательств» /С.Ф. Афанасьев/, так как содержание такого элемента судебного доказывания как «исследование доказательств», по нашему мнению, включает в себя и процесс фиксации доказательств. Напротив, будет более целесообразным включить в содержание процесса доказывания еще один важный по нашему мнению, прежде всего для суда, элемент который можно обозначить как «контроль суда за представлением доказательств». Этот элемент включает в себя деятельность суда, направленную на получение сведений от сторон и других лиц, участвующих в деле, о наличии или отсутствии у них доказательств по каждому обстоятельству предмета доказывания, которые они должны доказать. Включение этого элемента в содержание процесса доказывания позволит избежать в процессе судебного доказывания такой ситуации, когда суд в совещательной комнате обнаружит, что стороной не были представлены доказательства по какому-либо обстоятельству предмета доказывания, который сторона по определению суда должна доказать. Сторона не представила доказательств, а суд не проконтролировал эту деятельность стороны. В результате суд вынужден будет возобновить рассмотрение дела по существу, чтобы выяснить у стороны вопрос о наличии или отсутствии у нее доказательств по указанному обстоятельству, что влечет дополнительную потерю времени при рассмотрении дела.

¹ Гражданский процесс: учеб. для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / (Абушенко Д.Б. и др.); отв. ред. В.В. Ярков. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 208 (автор главы И.В. Решетникова).

² Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. Екатеринбург, 1997. С. 31–33.

³ Гражданский процесс, «Юридическая литература». М., 1972. С. 169–170 (автор главы К.С. Юдельсон).

⁴ Треушников М.К. Судебные доказательства. 4-е изд., перераб. и доп. М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2005. С. 41–53.

⁵ См.: Гражданский процесс: учеб. для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / (Абушенко Д.Б. и др.); отв. ред. В.В. Ярков. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 209–211 (автор главы И.В. Решетникова).

⁶ Афанасьев С.Ф., Зайцев А.И. Гражданский процесс. М.: Норма, 2004. С. 169–172.

С.В. Ибрагимова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПЕРЕМЕНА ДОЛЖНИКА В ДЕЛИКТНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ С УЧАСТИЕМ ГРАЖДАН

При причинении вреда личности гражданина такой вред должен быть возмещен в полном объеме лицом, причинившем вред, либо лицом, не являющимся причинителем вреда, но по закону обязанным к его возмещению (например, юридическим лицом при причинении вреда его работником).

Перемена должника в деликтном обязательстве при причинении вреда личности допускается в случаях, установленных законом, и, как правило, служит для максимально полной защиты интересов потерпевших лиц. Можно выделить два случая, с которыми закон связывает перемену должника в деликтном обязательстве с участием граждан:

- 1) прекращение юридического лица (в результате реорганизации, ликвидации) либо прекращение деятельности в качестве индивидуального предпринимателя физическим лицом;
- 2) возникновение оснований для возмещения вреда непосредственно его причинителем (при достижении им совершеннолетия, получении дохода и пр.).

При реорганизации юридического лица, признанного в установленном порядке ответственным за вред, причиненный жизни или здоровью, обязанность по возмещению вреда несет его правопреемник. Он и становится для потерпевшего новым должником.

В случае ликвидации юридического лица, признанного ответственным за вред жизни или здоровью, с согласия гражданина исполнение гражданско-правового обязательства ликвидируемого лица возлагается на нового должника Российскую Федерацию. Однако гражданин вправе принять решение и о прекращении деликтного обязательства. При наличии у ликвидируемого должника денежных средств платежи по возмещению вреда должны быть им капитализированы по правилам, установленным законом или иными правовыми актами, и с согласия потерпевшего переданы непосредственно ему.

При прекращении деятельности в качестве индивидуального предпринимателя физическим лицом возмещение вреда гражданам, перед которыми предприниматель несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, осуществляется в том же порядке, что и при ликвидации юридического лица. При передаче капитализируемых платежей Российской Федерации, последняя становится новым должником для потерпевших лиц. При прекращении деятельности индивидуальным предпринимателем следует учитывать, что если в ходе процедур, применяемых в деле о банкротстве, гражданином, признанным банкротом, не были исполнены требования кредиторов по деликтным обязательствам, данные требования сохраняют силу и могут быть предъявлены после окончания производства по делу о банкротстве в полном объеме или в непогашенной их части.

Перемена должника – гражданина в деликтном обязательстве может быть осуществлена в случаях, установленных ГК РФ: п. 4 ст. 1073 (при возмещении вреда, причиненного малолетним); п. 3 ст. 1074 (при возмещении вреда, причиненного несовершеннолетним в возрасте от 14 до 18 лет); п. 3 ст. 1076 (при возмещении вреда, причиненного гражданином, признанным недееспособным). Так, например, в соответствии с п. 3 ст. 1074 ГК РФ лицо, причинившее вред в возрасте от 14 до 18 лет, по достижении совершеннолетия либо в случаях, когда у него до достижения совершеннолетия появились доходы или иное имущество, достаточные для возмещения вреда, либо когда он до достижения совершеннолетия приобрел дееспособность, становится обязанным по возмещению вреда, а для родителей (усыновителей), попечителя, организации для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, соответствующая обязанность по возмещению вреда прекращается.

В цивилистической литературе дискуссионным является вопрос о возможности возложения обязанности по возмещению вреда, причиненного наследодателем, на его наследников.

Одни ученые считают, что в случае смерти гражданина, ответственного за причинение вреда, обязанность по его возмещению переходит на его наследников в пределах стоимости наследственного имущества¹. При этом отмечается, что обязанность возмещения вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина, в отличие от такого права (упомянутого в ст. 1112 ГК РФ) не является неразрывно связанной с личностью наследодателя². Другие авторы полагают, что со смертью причинителя вреда прекращается и обязанность возмещения вреда, поскольку согласно ст. 1064 ГК РФ вред, причиненный личности гражданина, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред, не считая случаев, установленных законом, к которым наследование обязанности по возмещению вреда не отнесено³.

На наш взгляд, вторая точка зрения точнее отражает положения действующего законодательства. Действительно, согласно п. 1 ст. 1064 ГК РФ вред подлежит возмещению лицом, его причинившим, и только законом обязанность по возмещению вреда может быть возложена на лицо, не являющееся его причинителем. Поскольку наследники не являются причинителями вреда, только прямое указание закона могло бы возложить на них обязанность по возмещению вреда. Глава 59 ГК РФ такого указания не содержит, в отличие от тех же случаев реорганизации или ликвидации юридических лиц, ответственных за вред.

Кроме того, в соответствии с п. 1 ст. 418 ГК РФ обязательство прекращается смертью должника, если исполнение не может быть произведено без личного участия должника, либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью должника. Развитие этого положения прослеживается в абз. 2 ст. 1112 ГК РФ, в котором указано, что в состав наследства не входят права и обязанности, неразрывно связанные с личностью наследодателя, а также права и обязанности, переход которых в порядке наследования не допускается ГК РФ или другими законами.

Таким образом, закон закрепляет положение о прекращении обязательства по возмещению вреда смертью причинителя вреда. В связи с этим обращает на себя внимание то обстоятельство, что права потерпевших граждан по деликтному обязательству, должником по которому является юридическое лицо, законодательством защищены лучше, нежели права граждан, должником по отношению к которым выступает физическое лицо. В первом случае правопреемство по обязательствам, по сути, обеспечивает полное возмещение вреда, во втором же случае отсутствие правопреемства при наследовании по деликтным обязательствам ставит возмещение вреда в зависимость от жизнедеятельности причинителя вреда, что приводит к определенному ущемлению прав потерпевших.

¹ Гришаев С.П. Наследственное право: учебно-практическое пособие. М.: Проспект, 2011 // Доступ из СПС КонсультантПлюс.

² Блинков О.Е. Ответственность наследников по долгам наследодателя (практические соображения // Нотариус. 2004. №1 // Доступ из СПС КонсультантПлюс.

³ Фольгерова Ю.Н. Гражданско-правовая ответственность наследников по долгам наследодателя // Наследственное право. 2010. № 3. С. 16–19.

Е.В. Карманова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПОНЯТИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ВСЛЕДСТВИЕ ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА ПРАВОМЕРНЫМИ ДЕЙСТВИЯМИ

В случаях, установленных законом, при причинении вреда правомерными действиями между причинителем вреда и потерпевшим возникает обязательство вследствие причинения вреда правомерными действиями.

Данные обязательства своим содержанием имеют компенсацию вреда, причиненного правомерными действиями.

Юридическая научная и учебная литература не содержит определения обязательства вследствие причинения вреда правомерными действиями, в связи с этим возникает необходимость разра-

ботки данного понятия. Для этого необходимо выделить признаки обязательств вследствие причинения вреда правомерными действиями.

Первый признак. Гражданско-правовое отношение, складывающееся между причинителем вреда и потерпевшим в связи с причинением последнему вреда правомерными действиями, является обязательственным отношением.

Обязательства вследствие причинения вреда правомерными действиями регулируют имущественные отношения между причинителем вреда и потерпевшим, т.е. регулируют вопросы компенсации вреда, причиненного правомерными действиями.

Обязательства вследствие причинения вреда являются относительными, поскольку имеют строго определенный субъектный состав – как на управомоченной, так и на обязанной стороне.

Гражданско-правовое отношение, складывающееся между причинителем вреда и потерпевшим в связи с причинением последнему вреда правомерными действиями, является обязательственным отношением и образует обязательство вследствие причинения вреда правомерными действиями.

Второй признак. Исследуемые обязательства возникают только в связи с причинением вреда правомерными действиями, при этом перечень правомерных действий должен быть установлен законом.

В российском законодательстве в качестве правомерных действий, причиняющих вред, закреплены действия, совершаемые в состоянии крайней необходимости, в состоянии необходимой обороны, а также хозяйственного риска, реквизиции, общей аварии и т.д.

Однако в настоящее время ни законодательство, ни наука не дают точного перечня правомерных действий, причиняющих вред. Этот пробел в законодательстве необходимо ликвидировать, поскольку совершение правомерных действий, причиняющих вред, в ряде случаев вносит социально полезный и общественно необходимый характер. Поэтому разработка полного перечня правомерных действий, причиняющих вред, является одной из задач данного исследования.

Третий признак. В обязательствах вследствие причинения вреда правомерными действиями компенсации подлежит только реальный вред. Причинитель вреда совершает социально полезные, одобряемые законом действия (спасает более ценное благо, причиняет вред в интересах государства и т.д.), и если законом устанавливается компенсация такого вреда, то только в целях справедливого распределения имущественных потерь. Поэтому было бы нелогично и необоснованно обязывать причинителя вреда компенсировать упущенную выгоду или моральный вред.

И действительно, если на причинителя вреда правомерными действиями возлагать обязанность по компенсации упущенной выгоды и морального вреда, то это бы означало фактическое приравнение причинения вреда правомерными действиями к причинению вреда противоправными действиями, что не соответствовало бы принципам справедливости и гуманизма в праве.

Четвертый признак. Компенсация реального имущественного вреда, причиненного правомерными действиями, осуществляется только в случаях, установленных законом. В одних случаях совершение правомерных действий, причиняющих вред, влечет компенсацию такого вреда, т.е. возникновение обязательства вследствие причинения вреда правомерными действиями (например, общая авария). В других случаях совершение правомерных действий, причиняющих вред, компенсации не влечет, т.е. обязательство вследствие причинения вреда правомерными действиями не возникает (например, в случае причинения вреда в состоянии необходимой обороны).

Таким образом, обязательство вследствие причинения вреда правомерными действиями – это гражданско-правовое обязательство, по которому потерпевший (кредитор) в установленных законом случаях вправе требовать от причинителя вреда (должника) компенсации реального имущественного вреда, причиненного предусмотренными законом правомерными действиями, а должник обязан компенсировать этот вред.

Обязательства вследствие причинения вреда правомерными действиями являются одним из важнейших средств защиты прав и интересов участников гражданского оборота, они направлены на обеспечение восстановления имущественного положения потерпевших.

СООТНОШЕНИЕ КАТЕГОРИИ ФИКТИВНЫХ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЙ И СМЕЖНЫХ ПРАВОВЫХ ЯВЛЕНИЙ

Для рассмотрения вопроса о соотношении юридических категорий необходимо, в первую очередь, определиться с их содержанием. Под фиктивными гражданскими правоотношениями следует понимать гражданские правоотношения, юридическая форма которых не соответствует их материальному содержанию. Такие правоотношения возникают в результате применения норм-фикций и норм-презумпций, когда диспозиция соответствующей нормы не соответствует фактическим обстоятельствам регулируемых ею общественных отношений (объективно-фиктивные правоотношения), а также в результате действий участников правоотношения, направленных на достижение иного фактического результата, чем тот, который предусмотрен для соответствующего правоотношения (субъективно-фиктивные правоотношения). Фиктивные гражданские правоотношения могут быть как правомерны по своей юридической природе, так и противоправны (в зависимости от генезиса и характера реализуемого интереса).

Категория фиктивных гражданских правоотношений тесно связана с такими правовыми явлениями, как обход закона и злоупотребление правом.

Исходя из понимания обхода закона как способа достижения противоправного интереса, при котором не происходит прямого нарушения содержащихся в законе предписаний, противоправные фиктивные гражданские правоотношения выступают в качестве одного из возможных механизмов совершения обхода закона. В этом смысле обход закона является промежуточной целью создания фиктивных гражданских правоотношений (конечной целью является удовлетворение противоправного интереса участника фиктивного правоотношения). В то же время очевидно, что создание фиктивных гражданских правоотношений не представляет самостоятельного интереса для их участников. Интерес участников фиктивных правоотношений, как правило, лежит за пределами соответствующего правоотношения и нацелен на достижение юридического и фактического результата, сопряженно с обходом закона.

Таким образом, с одной стороны, фиктивные гражданские правоотношения возникают в результате обхода закона и в этом смысле носят производный от обхода закона характер, а с другой стороны, фиктивные правоотношения являются способом совершения обхода закона и в этом смысле обход закона выступает целью создания фиктивных гражданских правоотношений, а последние, в свою очередь, выступают в качестве механизма совершения обхода закона.

Другая категория, с которой тесно сопряжено понятие фиктивных гражданских правоотношений, это категория злоупотребления правом. В юридической науке господствует мнение о том, что реализация субъективных гражданских прав в противоречии с их социальным назначением является злоупотреблением правом, и выработано два основных подхода к пониманию злоупотребления правом: через категорию социального назначения субъективного права и через категорию добросовестности субъекта права. Принимая осуществление субъективного права в противоречии с его социальным назначением в качестве критерия злоупотребления правом, следует отметить, что содержание категории социального назначения субъективного права также нуждается в конкретизации. Для обозначения очевидной пользы, извлекаемой управомоченным лицом при реализации принадлежащего ему субъективного права в соответствии с его социальным назначением, мы предлагаем применять категорию задекларированного интереса.

Исходя из понимания субъективного права как обеспеченной законом меры возможного поведения лица, социальным назначением субъективного права является наиболее полное удовлетворение задекларированного интереса управомоченного лица. Представляется, что сам по себе незадекларированный характер интереса, реализуемого участниками правоотношения, не является достаточным основанием для квалификации соответствующего правоотношения в качестве злоупотребления правом, поскольку в силу п. 1 ст. 9 ГК РФ граждане и юридические лица по своему усмотрению осуществляют принадлежащие им гражданские права. Таким образом, с учетом принципа диспозитивности, а также принципа беспрепятственного осуществления гражданских прав своей волей и в своем интересе, реализация управомоченным лицом незадекларированного интереса является злоупотреб-

лением правом только в том случае, когда в результате его действий нарушаются чьи-либо права и законные интересы.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что категория фиктивных гражданских правоотношений и категория обхода закона соотносятся следующим образом. Фиктивные гражданские правоотношения, в результате создания которых происходит нарушение прав и законных интересов третьих лиц, являются одной из форм злоупотребления правом, при этом существуют формы злоупотребления правом, не связанные с созданием фиктивных гражданских правоотношений (например, осуществление субъективного права способами, выходящими за его пределы).

Итак, основными юридическими категориями, смежными с категорией фиктивных гражданских правоотношений, являются категория обхода закона и категория злоупотребления правом. Противоправные фиктивные гражданские правоотношения являются одной из форм злоупотребления правом, при этом категория злоупотребления правом не исчерпывается созданием фиктивных правоотношений. Обход закона является целью создания фиктивных гражданских правоотношений, а фиктивные гражданские правоотношения, в свою очередь, выступают в качестве механизма совершения обхода закона. При этом обход закона посредством создания фиктивных гражданских правоотношений, сопряженный с ущемлением чьих-либо прав и законных интересов, квалифицируется как злоупотребление правом.

Отметим, что в предлагаемой проектом Федерального закона №47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» редакции ст. 10 ГК РФ категория обхода закона вводится в гражданско-правовой категориальный аппарат в качестве одной из форм злоупотребления правом. При этом категория фиктивных гражданских правоотношений вообще не нашла отражение в числе форм злоупотребления правом, а содержание категории злоупотребления правом в проекте не раскрыто.

Е.Г. Комиссарова

Тюменская государственная академия мировой экономики, управления и права, г. Тюмень

ЦЕЛЕВОЙ КАПИТАЛ КАК ОБЪЕКТ ИНВЕСТИЦИОННЫХ ОТНОШЕНИЙ

В стремлении вывести страну из состояния «архаического собеса» и излечить общество от государственного патернализма законодатель ввел в нормативный оборот конструкцию «целевого капитала», приняв 30 декабря 2006 г. федеральный закон №275 ФЗ «О порядке формирования и использования целевого капитала некоммерческих организаций».

Теоретическая выгода от введения в законодательство категории «целевой капитал» отыскивается быстро. Наиболее ёмко она может быть сформулирована как появление новой формы государственно-частного партнерства, когда под контролем государства создаются гражданско-правовые модели привлечения частных инвестиций в социальную сферу. Другой положительный момент – развитие реальных форм пассивной экономической деятельности для некоммерческих организаций без смешения с деятельностью основной, именуемой в зарубежных источниках, альтруистической. Формирование навыков такой деятельности позволит некоммерческим организациям создавать собственные финансовые продукты в виде доходов от целевого капитала, без отвлечения от уставной деятельности. Еще одна немаловажная для российских условий выгода, правда, уже идейного характера, – появление престижного списка физических и юридических лиц с репутацией социального спонсора.

Практическая сторона выглядит намного сложнее. Будучи заимствованной из зарубежного опыта, конструкция целевого капитала не получила быстрого продвижения в российскую практику. Как отметил Д.А. Медведев, курировавший работу над законопроектом, эндаумент является передовой моделью получения и использования средств на социальные цели, но явление это не российское и даже не романо-германское, а появившееся в англо-саксонском праве, а потому нелегко адаптируемое к условиям современной российской правовой системы, так как идёт вразрез с отдельными традиционными для нашей сегодняшней жизни постулатами финансовой активности. Несмотря на то, что в первую редакцию Закона о целевом капитале уже трижды вносились существенные добавки, значительных изменений в активизации его норм пока не случилось. Как и любой закон, Закон о целевом капитале нуждается для своей реализации в определенных предпосылках, включая стабильную экономическую ситуацию, гарантирующую предсказуемый доход от средств целевого капитала.

Синонимические единицы эндаумента в российском обиходе множественны: целевой дар, инвестиционный капитал, социальный капитал, пожертвование на определенные цели, ресурсный капитал, неприкасаемый актив, донорский капитал и др. Но их смысловая нагрузка едина и позволяет увидеть унифицированную сущность целевого капитала. С экономической точки зрения - это обособленный внутрихозяйственный фонд, включающий материальные и денежные ресурсы для целей принесения доходов в будущем. С точки зрения бухгалтерского учета целевой капитал рассматривается как стоимостная оценка имущества, полученного некоммерческой организацией по договору пожертвования и (или) завещанию. С правовой точки зрения целевой капитал - часть имущества некоммерческой организации, подлежащая обособленному учету, предназначенная для обеспечения потребностей части некоммерческих организаций в дополнительных имущественных ресурсах за счет его инвестирования. Новизна этого вида имущественного ресурса, по сравнению с уже известными, - его инвестиционная природа. Отсюда существенная специфика целевого капитала как вида имущества некоммерческой организации, предназначенного не для сбережения или траты, а для целей принесения дохода за счет инвестиционных операций по поводу этого неприкасаемого объекта с использованием финансовых инструментов, предписанных Законом о целевом капитале (ст. 15).

По опыту зарубежных государств, использующих доход от целевого капитала как полноценный источник финансирования части некоммерческих организаций, главная идея управления имуществом, составляющим целевой капитал, - защита его от инфляции и максимизация доходов от управления им. По этой причине законодатель ориентирует зарабатывать доход от целевого капитала на фондовом рынке, используя такую форму экономического посредничества, как доверительное управление, где ведущими факторами являются знания и опыт управляющих субъектов. оказывающих влияние на обоснованность выбранных ими инвестиционных решений. Действуя в интересах некоммерческой организации - собственника целевого капитала в качестве профессионального посредника путем оказания соответствующих услуг, управляющая компания обеспечивает некоммерческой организации участие в инвестиционном процессе в целях получения ею дохода от вложенного целевого капитала.

Целевой капитал, переданный в доверительное управление, согласно требованиям п. 1 ст. 15 Закона о целевом капитале, предназначен для целей оборота через участие в инвестиционном процессе. Указанной нормой предписано производить вложения, главным образом, в финансовое имущество через портфельные инвестиции, под которыми понимаются инвестиции, осуществляемые путем совершения сделок на финансовом рынке.

Инвестирование средств в эффективные финансовые инструменты - это распространенный метод управления активами для частных и публичных субъектов в целях увеличения объема их финансовых ресурсов, направляемых затем на нужды инвестируемого лица. Для публичных субъектов, инвестирующих государственные средства, установлены разнообразные ограничения, направленные на обеспечение сохранности инвестируемого актива (виды объектов, в которые допустимо инвестирование средств, предусмотренная законом типовая форма договора доверительного управления и др.). Целевой капитал - актив частный, а потому Закон о целевом капитале лишь частично ограничивает пределы свободы управляющей компании, устанавливая разрешенный перечень объектов инвестирования для денежных средств. По аналогии с другими инвестиционными законами в этот перечень вошли менее рискованные и более консервативные финансовые инструменты, имеющие высокие инвестиционные качества.

Доход от доверительного управления - это проценты в денежном выражении, полученные от использования целевого капитала. Как любой доход, доход от доверительного управления имеет суммарное выражение. Сумма отражает увеличение стоимости чистых активов в результате доверительного управления имуществом, составляющим целевой капитал, за отчетный период. Порядок и сроки расчета таких активов установлены Правилами расчета стоимости чистых активов, находящихся в доверительном управлении управляющей компании по договору доверительного управления имуществом, составляющим целевой капитал, утвержденными приказом Федеральной службы по финансовым рынкам России от 14 июня 2007 г. №07-67/пз-н. Обязанность осуществлять расчет стоимости чистых активов, находящихся в доверительном управлении управляющей компании, лежит на ней.

Закон устанавливает границы использования дохода от целевого капитала, сущность которых заключается в установлении сфер его потребления. Тем самым Закон о целевом капитале не только сужает круг некоммерческих организаций, допускаемых в отношении по формированию целевого капитала, но и ограничивает сферы его использования. В исчерпывающий перечень сфер включены те, которые в сегодняшних социально-экономических условиях остро нуждаются в дополнительных

источниках финансирования, с тем, чтобы наиболее полно и качественно удовлетворить социальные потребности людей. По мнению законодателя, это сферы образования, науки, здравоохранения, культуры, физической культуры и спорта (за исключением профессионального спорта), искусства, архивного дела, социальной помощи (поддержки), охраны окружающей среды, оказания гражданам бесплатной юридической помощи и осуществления их правового просвещения, функционирование общероссийского обязательного общедоступного телеканала общественного телевидения (в ред. Федерального закона от 28 июля 2012 г. №134-ФЗ «О внесении изменений в статью 28 Федерального закона «О некоммерческих организациях» и Федеральный закон «О порядке формирования и использования целевого капитала некоммерческих организаций»). Перечень сфер деятельности в целях формирования и использования целевого капитала является исчерпывающим и не подлежит расширительному толкованию.

Д.Б. Коротков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

БЕЗОТЗЫВНАЯ ДОВЕРЕННОСТЬ КАК НОВЫЙ ИНСТИТУТ РОССИЙСКОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

27 апреля 2012 г. Государственная Дума РФ приняла в Первом чтении Проект ФЗ №47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ». Мы остановимся на таком предлагаемом в Проекте нововведении, как институт «безотзывной доверенности».

Понятие безотзывной доверенности содержится в ст. 188.1 Проекта, согласно которой лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, может указать в доверенности, выданной в целях исполнения или обеспечения исполнения обязательства (обязательств), представляемого перед представителем или лицами, от имени или в интересах которых действует представитель, на то, что эта доверенность не может быть отменена до окончания срока ее действия или может быть отменена только в предусмотренных в доверенности случаях (безотзывная доверенность). Такая доверенность может быть в любом случае отменена после прекращения того обязательства, для обеспечения или исполнения которого она была выдана, а также в случае злоупотребления представителем своими полномочиями, а равно возникновения обстоятельств, очевидно, свидетельствующих о том, что такое злоупотребление может произойти в будущем.

Пункт 2 статьи 188.1 Проекта устанавливает письменную нотариальную форму безотзывной доверенности, а в качестве ее существенного условия предусматривает необходимость прямого указания на ограничение возможности отмены. Кроме того, п. 3 ст. 188.1 Проекта содержит оговорку, согласно которой представитель по безотзывной доверенности по общему правилу не наделен возможностью совершить передоверие, если иное не предусмотрено в доверенности. Этот страховочный элемент объясняется тем, что безотзывность доверенности означает безотзывность выданного на ее основе передоверия.

Анализ предлагаемой Проектом редакции ст. 188.1 позволяет сделать следующие выводы:

1. Институт безотзывной доверенности не является новым на постсоветском пространстве. Например, п. 4 ст. 249 ГК Украины предусматривает, что законом может быть установлено право лица выдавать безотзывные доверенности на определенное время. При этом следует отметить, что украинский законодатель закрепляет возможность установления в законе «права лица выдавать безотзывные доверенности на определенное время». Очевидно, что в этом случае речь должна идти не о «праве лица», а об ограничении «права лица» на последующую отмену доверенности в течение определенного времени, что основывается на его предварительном согласии на такое ограничение. В связи с этим удачной представляется формулировка ст. 188.1 Проекта, где указано на предварительное согласие лица воздержаться от отмены доверенности.

2. Предлагаемая Проектом конструкция безотзывной доверенности является по сути формой обеспечения исполнения обязательства, представляемого перед представителем. При этом речь идет только о представляемом—предпринимателе. Например, в корпоративных отношениях может быть обеспечена возможность голосования определенным образом, что застрахует заинтересованных лиц от возможной отмены представляемым доверенности на голосование за несколько минут до начала общего собрания акционеров (участников).

В Украине безотзывная доверенность также используется в основном в предпринимательских отношениях. Так абз. 3 ст. 3 Закона Украины «О финансово-кредитных механизмах и управлении имуществом при строительстве жилья и операциях с недвижимостью» от 19 июня 2003 г. предоставляет право застройщику предоставлять управляющему безотзывную доверенность на право делегирования третьим лицам функций застройщика в случае нарушения последним условий договора с управляющим.

3. На наш взгляд, безотзывная доверенность может получить распространение и в отношениях между непредпринимателями. Например, представляемый (доверитель) заключает с представителем (поверенным) договор поручения на представление его интересов в споре о выкупе земельного участка. Момент оплаты определен сторонами датой подачи представителем необходимого пакета документов на государственную регистрацию. В момент, когда представитель, совершив все необходимые действия, добился оформления необходимых документов и ему осталось только выполнить техническую функцию по подаче документов в регистрирующий орган, недобросовестный представляемый отменяет доверенность и самостоятельно подает документы, заявляя об отсутствии оснований для оплаты вознаграждения представителю. Разумеется, представитель не лишен права требовать через суд возмещения убытков в виде фактически оказанных юридических услуг, что, однако, сопряжено с потерей времени, сил и средств. Таким образом, безотзывность доверенности будет гарантией того, что полномочие представителя не будет прекращено непосредственно перед наступлением момента оплаты.

Возможность использования безотзывной доверенности в непредпринимательских отношениях объясняется также содержащимися в ст. 188.1 Проекта гарантиями. Во-первых, безотзывная доверенность подлежит нотариальному удостоверению и в ходе этой процедуры представляемый получит у нотариуса профессиональные юридические разъяснения. Во-вторых, срок, в течение которого за доверенностью будет сохраняться статус безотзывной, изначально регламентирован законом: доверенность может быть в любом случае отменена после прекращения того обязательства, для обеспечения или исполнения которого она была выдана.

При этом мы признаем, что низкий уровень правовой грамотности населения приводит к тому, что повсеместно заключаются договоры купли-продажи (обычно транспортных средств) посредством оформления так называемой «генеральной доверенности». Введение в гражданский оборот между непредпринимателями данного вида доверенности позволит лишь укрепить их веру в необязательное оформление договора купли-продажи. Негативные последствия такой подмены очевидны.

Тем не менее мы полагаем перспективным использование безотзывной доверенности как в предпринимательских корпоративных отношениях, так и в отношениях между непредпринимателями, когда представляемый имеет перед представителем обязательства, нуждающиеся в обеспечении. При этом требуют уточнения положения о порядке безусловной отмены безотзывной доверенности. Кроме того, среди населения должна вестись просветительская работа о плюсах и минусах данного нового вида доверенности.

4. Применительно к недостаткам безотзывной доверенности следует указать на то, что представляемый (доверитель), который выдал безотзывную доверенность на основании договора поручения, имеет возможность обойти норму ст. 188.1 Проекта о безотзывной доверенности, применив положения п. 1 ст. 977 ГК РФ о праве доверителя в любое время отказаться от договора и о ничтожности отказа от этого права. С прекращением договора поручения автоматически прекращает свое действие и доверенность как документ, выданный на основании договора. Таким образом, ст. 188.1 Проекта нуждается в уточнении применительно к норме п. 1 ст. 977 ГК РФ.

О.А. Кузнецова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

СТРУКТУРА ОБЩЕЙ ЧАСТИ ИНСТИТУТА ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Большинство охранительных гражданско-правовых норм содержатся в институте ответственности, они обеспечивают реализацию одного из важнейших основных отраслевых начал – принципа восстановления нарушенных гражданских прав (ст. 1 ГК РФ).

При этом вопросы гражданско-правовой ответственности в ГК РФ урегулированы точно, системно и не объединены какой-либо понятной законодательной идеей, что создает известные проблемы в правоприменительной практике.

Так, например, в разделе «Общая часть обязательственного права» ГК РФ многие понятия института гражданско-правовой ответственности неприменимы к ответственности за деликты.

С учетом принципов пандектистики общая часть обязательственного права должна охватывать все виды обязательств: и договоры и деликты. Глава 25 ГК РФ, содержащаяся в данном разделе, называется «Ответственность за нарушение обязательств». При этом нарушить деликтное обязательство невозможно.

Исполнение обязательств за счет должника (ст. 397), просрочка должника (ст. 405), просрочка кредитора (ст. 406) и некоторые другие положения главы 25 ГК РФ сформулированы таким образом, что не позволяют применить их к деликтам. Некоторые нормы этой главы объективно неприменимы к последним, например, положения о соотношении убытков и неустойки (ст. 394), поскольку неустоек в деликтном праве нет.

В то же время ряд правил указанной главы ГК РФ вполне могут быть использованы (и используются судами) и при применении деликтной ответственности: субсидиарная ответственность (ст. 399), ограничение размера ответственности (ст. 400), непреодолимая сила (ст. 401), определение размера убытков (вреда), в том числе упущенной выгоды (ст. 393).

Законотворческая логика такого регулирования не вполне понятна. Если законодатель вопросы гражданско-правовой ответственности хотел урегулировать дуально: отдельно для договорного правонарушения, отдельно – для деликта, то нетрудно заметить, что он этого до конца так и не сделал. Если целью законодателя было – сконцентрировать общие вопросы ответственности в общих положениях ГК РФ, что вполне объяснимо пандектной системой кодекса, то она также не может считаться достигнутой по причинам неприменимости большинства положений главы 25 ГК РФ к деликтным обязательствам.

В гражданском праве с учетом системы обязательственного права фактически всего два правонарушения, требующие применения мер ответственности: неисполнение или ненадлежащее исполнение договорного обязательства и причинение вреда (деликт).

В соответствии с этой системой в ГК РФ есть подраздел «Общая часть обязательственного права», в который включены подразделы: 1. «Общие положения об обязательствах» и 2. «Общие положения о договоре». В такой структуре в этом подразделе логично бы смотрелся и подраздел 3. «Общие положения о деликте», однако он в действующей редакции ГК РФ отсутствует.

Подраздел об общих положениях об обязательствах должен регулировать общие положения договорной и деликтной ответственности, а подраздел об общих положениях о договоре должен содержать и общие положения о договорной ответственности, отражающие специфику последней по сравнению с общими положениями об «обязательственной» ответственности в целом. В главе 59 ГК РФ должны содержаться нормы, отражающие особенности деликтной ответственности.

Ревизия норм ГК РФ о гражданско-правовой ответственности позволяет выделить лишь несколько положений, одинаково регулирующих и договорное и деликтное обязательство (ст. 399 – субсидиарная ответственность; ст. 400 – ограничение размера ответственности; ст. 402 – ответственность за работника; ст. 403 – ответственность за действия третьих лиц; ст. 404 - вина кредитора).

Статьи об исполнении обязательств за счет должника (ст. 397) и о понуждении должника к обязанности передать индивидуально-определенную вещь (ст. 398) вообще не имеют отношение к институту ответственности и должны быть исключены из него.

Ст. 405 (просрочка должника) и ст. 406 (просрочка кредитора) по своему содержанию должны быть отнесены к институту исполнения обязательств, а не ответственности.

Общая часть института юридической ответственности должна устанавливать следующие положения.

Во-первых, юридическое основание ответственности.

Во-вторых, обстоятельства, исключающие противоправность поведения. К сожалению, общетеоретическая категория обстоятельств, исключающих противоправность поведения, игнорируется как в цивилистической науке, так и в гражданско-правовых актах. Это такие специфические условия, которые исключают оценку поведения как противоправного, несмотря на нарушение субъектом требований закона, договора, обычаев, повлекшее неисполнение либо ненадлежащее исполнение обязательства. Эти обстоятельства сами по себе отражают правомерность поведения лица, которые лишь внешне образуют противоправное деяние.

Однако при наступлении обстоятельств, исключающих противоправность деяния, возможности не совершать противоправное действие (бездействие) у него нет.

В-третьих, понятие и виды мер ответственности. Реализация института ответственности невозможна без четкого ответа на вопрос, какие санкции являются мерами ответственности. Спор о перечне мер гражданско-правовой ответственности не утихает десятилетиями и сконцентрирован главным образом на том, должна ли мера ответственности накладывать дополнительные обременения на правонарушителя или нет. На наш взгляд, мера ответственности должна влечь именно дополнительные неблагоприятные обременения для правонарушителя. В любом случае законодатель должен однозначно высказаться относительно тех санкций, которые следует относить к мерам ответственности.

В-четвертых, применение мер ответственности, например, обстоятельства, смягчающие наказание (противоправность действий потерпевшего).

В-пятых, освобождение от ответственности (примирение, истечение давностных сроков, малозначительность).

Указанные положения могут быть положены в основу структуры общей части института гражданско-правовой ответственности.

В.В. Кулаков

Российская академия правосудия, г. Москва

ПОЛЕЗНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ (РАБОТЫ И УСЛУГИ) КАК ОБЪЕКТЫ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Может ли объектом правоотношения быть деятельность, что фактически означает признание поведения субъектов объектом права? Содержание статьи 128 ГК РФ, в которой работы и услуги названы в перечне объектов гражданских прав, позволяет дать утвердительный ответ на этот вопрос. Но в таком случае мы получаем следующее логическое несоответствие: работы и услуги представляют собой деятельность во исполнение юридической обязанности, но юридическая обязанность, как известно, входит в содержание правоотношения. Следовательно, формально работы и услуги не могут быть объектом прав.

Это логическое противоречие авторы изменений в ГК РФ, разработанных на основе Концепции совершенствования ГК РФ, попытались устранить путем текстуальной замены объектов «работы и услуги» на «результат работы и оказание услуги». Однако данную попытку нельзя назвать удачной, так как *результат* работы необоснованно противопоставляется *вещи*, ведь работа и состоит в ее создании или переработке, а *оказание* услуги и есть услуга.

Нельзя не отметить, что в качестве самостоятельного объекта гражданских прав услуги юридической наукой стали выделяться относительно недавно. При этом если работы направлены на создание и переработку какой-либо вещи, услуги как другой вид полезной деятельности такой направленности не имеют. Так, ст. 779 ГК РФ не называет результат возмездного оказания услуг как необходимую принадлежность предмета. Но даже они имеют своим приложением какой-то материальный или нематериальный объект (благо). Например, деятельность педагога направлена на личность ученика, так же как и работа врача – на здоровье пациента, деятельность перевозчика связана с перемещением пассажиров или груза, подрядчика – с созданием (ремонт) каких-либо вещей. Однако деятельность в обязательствах по оказанию услуг настолько оторвана от объекта (что наиболее характерно для возмездного оказания услуг), что для удобства правового регулирования не приложение услуги (материальные и нематериальные блага), а саму услугу (деятельность) считать объектом обязательства.

На наш взгляд, проблема отнесения услуг к объектам обязательства решается, если услугу (в том числе и работу) понимать в качестве *имущества*. Если абстрагироваться от содержания ст. 128 ГК РФ, то следует иметь в виду, что благо призвано удовлетворять потребность, но прямая зависимость между формой закрепления блага и типом человеческой потребности отсутствует. Следовательно, в материальной форме может быть закреплено благо, способное удовлетворить нематериальные потребности (материальные носители информации, предметы коллекций), а в нематериальной – благо, позволяющее достичь удовлетворения материальных потребностей (имущественное право).

В экономической литературе справедливо обращается внимание на экономическую ценность услуг: услуга – это вид деятельности, в процессе которой не создается новый материально-вещественный продукт, но изменяется качество уже имеющегося продукта, то есть само оказание услуг создает желаемый результат¹. В этом смысле услуги вполне подпадают под ранее названные

признаки объекта обязательства. Согласно ст. 129 ГК РФ услуга оборотоспособна, имеет для ее заказчиков такую ценность, за которую готовы предоставить в качестве встречного предоставление деньги или иное благо, имеющее или могущее иметь рыночную стоимость, выраженную в деньгах. В этом смысле Н.Д. Егоров справедлив, когда говорит, что «услуги являются таким же материальным объектом субъективных гражданских прав, как вещи и работы»².

Итак, правовая природа услуги соответствует правовому режиму имущества, право на услугу является имущественным правом, по их поводу возможна цессия или перевод долга, если личность заказчика и/или исполнителя услуги не имеет значения для ее оказания.

При этом следует различать услугу как объект обязательства и объект (приложение) услуги. Такое разделение поддерживается в специальной литературе. Вместе с тем, возникает вопрос: что (или кто) может быть таким «объектом приложения услуги»?

Л.В. Санникова пишет: «услуга как объект гражданских прав – это действия услугодателя по сохранению или изменению неимущественных благ (имущественных прав, информации, нематериальных благ»³. Ученый, таким образом, исключает возможность материальных объектов, а также людей быть объектом воздействия. На наш взгляд, необоснованно исключать из перечня таких объектов вещи, так как граница между работами (подрядом) и услугами весьма зыбка. В качестве объектов воздействия услуги вполне могут быть объекты материального мира, например, вряд ли стоит отказываться в квалификации договора по настройке музыкального инструмента в качестве договора оказания услуг.

Таким образом, объект приложения услуги может быть как материальным, так и нематериальным. Обязательство по оказанию услуг осложняется введением в него объекта этой услуги⁴. Его учет позволяет, во-первых, определить ее содержание (предмет соответствующего договора), во-вторых, определить параметры надлежащего исполнения такого обязательства⁵. Представляется, что *договоры о выполнении работ или оказании услуг обязательно должны содержать указание на объект этой деятельности, или определенным образом его подразумевать, в противном случае предмет этих договоров нельзя считать определенным*. К примеру, в ст. 973 ГК РФ предусмотрено, что указания доверителя должны быть не только правомерными и осуществимыми, но и *конкретными*. Можно доверить исполнителю юридической услуги купить вещь, но, указав какую, то есть услуга должна иметь направленность на определенное благо. Такой подход позволяет решить одну из основных проблем исполнения обязательств по оказанию услуг – качество услуги⁶, так как такие условия надлежащего исполнения обязательства, как предмет (его качественная характеристика) и способ (порядок совершения должником действий) в данном случае совпадают.

Заметим также, что из такого признака обязательства как эквивалентность, следует, что договоры по оказанию услуг (выполнению работ) могут быть только возмездным. Принципиально возможно и дарение услуги, но только на основании реального договора. Обязательство дарения услуги пока обосновать с позиций товарного обмена невозможно.

¹ Райзерберг Б.А. и др. Современный экономический словарь. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2006. URL: <http://www.consultant.ru>.

² Егоров Н.Д. К вопросу о понятии обязательства // Сб. ст. к 55-летию Евгения Алексеевича Крашенинникова. Ярославль, 2006. С. 47–48.

³ Санникова Л.В. Обязательства по оказанию услуг в российском гражданском праве: Дис. докт. юрид. наук. М., 2007. С. 142.

⁴ См. подробнее: Кулаков В.В. Некоторые спорные вопросы теории объектов обязательства // Российское правосудие. 2010. №9.

⁵ О критериях качества услуги см.: Кулаков В.В. К проблеме определения качества услуг // Коммерческое право. 2010. №1. С. 63–65.

⁶ Там же.

В.Г. Куранов

ПГМА им. ак. Е.А. Вагнера Минздравсоцразвития России, г. Пермь

ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ МЕДИЦИНСКОЙ УСЛУГИ КАК ИНСТИТУТА ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ОБ ОХРАНЕ ЗДОРОВЬЯ

Конституция Российской Федерации, признавая человека, его права и свободы высшей ценностью, закрепляет право каждого на охрану здоровья и медицинскую помощь. Федеральный закон от

21.11.2011 №323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее – Закон об охране здоровья, Закон №323-ФЗ) впервые дает легальное определение понятию «медицинская помощь». В соответствии со ст. 2 названного Закона медицинская помощь – комплекс мероприятий, направленных на поддержание и (или) восстановление здоровья и включающих в себя предоставление медицинских услуг. В условиях рыночной экономики понятие медицинской услуги становится центральным при правовом регулировании взаимоотношений пациента и медицинской организации.

В медико-юридическом сообществе сложилось ошибочное представление о том, что дефиниция «медицинская услуга» появилась только в Законе об охране здоровья (статья 2), который определяет медицинскую услугу как медицинское вмешательство или комплекс медицинских вмешательств, направленных на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию и имеющих самостоятельное законченное значение. Подобное определение уже содержалось в Приказе Минздрава России от 16.07.2001 №269 «О введении в действие отраслевого стандарта "Сложные и комплексные медицинские услуги. Состав"».

Безусловным плюсом приведенного определения является его соответствие гражданскому законодательству. Медицинская услуга, трактуется через понятие «медицинское вмешательство» (т.е. выполняемые медицинским работником по отношению к пациенту, затрагивающие физическое или психическое состояние человека и имеющие профилактическую, исследовательскую, диагностическую, лечебную, реабилитационную направленность виды медицинских обследований и (или) медицинских манипуляций, а также искусственное прерывание беременности), что как раз и представляет собой определенные действия, как и понимает услугу Гражданский кодекс РФ (ст. 779).

Результатом медицинской услуги может быть благо, связанное с улучшением здоровья или полным выздоровлением. Такой результат не имеет овеществленного выражения, что соответствует доктринальному пониманию услуги при ее отграничении от смежного понятия работы.

Еще одним существенным достоинством дефиниции, данной в Законе №323-ФЗ, является указание на самостоятельное законченное значение медицинской услуги. Это означает, что не любое медицинское вмешательство может считаться медицинской услугой, а только такое, которое имеет определенный результат, благо для пациента. Обязательное наличие самостоятельного и законченного значения медицинской услуги позволяет использовать данное понятие при формулировании предмета договора возмездного оказания услуг, что также сближает законодательство о здравоохранении и гражданское право.

Но помимо достоинств определения медицинской услуги, Закон об охране здоровья содержит и ряд упущений, которые должны быть устранены.

Во-первых, отсутствует указание на специального субъекта, оказывающего медицинскую услугу и имеющего на это право. Медицинская деятельность относится к числу лицензируемых видов деятельности, следовательно, ее могут осуществлять не все участники гражданско-правового оборота, а только те, кто имеет соответствующее государственное разрешение. Более того, как следует из Закона об охране здоровья, медицинская деятельность является профессиональной, значит, для ее осуществления требуются специальные знания, которыми обладают медицинские работники – лица, получившие соответствующее образование и имеющие сертификат специалиста.

Определения медицинской услуги через понятие медицинского вмешательства, понятие которого содержит указание на медицинского работника как на субъекта, выполняющего медицинские обследования и манипуляции, для применения в сфере гражданского права не достаточно. В Российской Федерации медицинская деятельность осуществляется не отдельными врачами, а медицинскими организациями, т.е. юридическими лицами, к которым по правовому статусу приравнены индивидуальные предприниматели.

Во-вторых, поскольку содержание медицинской деятельности урегулировано стандартами медицинской помощи и порядками оказания медицинской помощи, соблюдение которых является обязательным, соответствующее указание также должно быть включено в определение. Порядок оказания медицинской помощи определяет этапы организации медицинской помощи и правила организации деятельности медицинской организации, а стандарт – частоту применения лекарственных препаратов, компонентов крови, лечебного питания. Включение в определение медицинской услуги ссылок на порядки и стандарты медицинской помощи позволит подчеркнуть, что в оказании услуги участвует как юридическое лицо в целом, так и отдельные медицинские работники. Также это сделает акцент на необходимости правомерного оказания медицинских услуг.

В-третьих, в дефиниции отсутствует характеристика получателя услуги. В Законе об основах охраны здоровья впервые появилось легальное определение пациента. Под пациентом понимается физическое лицо, которому оказывается медицинская помощь или которое обратилось за оказанием

медицинской помощи независимо от наличия у него заболевания и от его состояния. Человек становится пациентом с момента первого контакта с представителями медицинской организации. Пациент обладает не только правами, закрепленными в Законе №323-ФЗ, но и всем комплексом прав, предоставленных потребителю. Важно подчеркнуть, что статус пациента как потребителя не зависит от формы и порядка оплаты медицинских услуг. Пациент является потребителем и при обращении за медицинской помощью в рамках обязательного медицинского страхования, поскольку бесплатный характер медицинской помощи для гражданина в системе ОМС не означает абсолютного отсутствия возмездности в данной сфере. Оплата медицинских услуг, оказанных пациенту, будет произведена страховой медицинской организацией по договору с лечебным учреждением.

С учетом изложенного предлагаем скорректировать определение понятия медицинской услуги, которое должно выглядеть следующим образом: «Медицинская услуга – это медицинское вмешательство или комплекс медицинских вмешательств, направленных на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию, осуществляемых по отношению к пациенту медицинскими организациями независимо от организационно-правовой формы или индивидуальными предпринимателями, имеющими право заниматься медицинской деятельностью, соответствующих требованиям порядков оказания медицинской помощи и стандартов медицинской помощи и имеющих самостоятельное законченное значение».

Такое определение медицинской услуги будет способствовать его единообразному пониманию как объекта гражданских прав.

А.И.Литвина

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПУБЛИЧНОЕ ИСПОЛНЕНИЕ КАК ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКТ В АВТОРСКОМ ПРАВЕ

Исследование публичного исполнения как правовой категории авторского права, в том числе в качестве юридического факта, выявило ряд проблем.

Как в юридической доктрине, так и правоприменительной практике отсутствуют однозначное определение понятия «публичное исполнение» и четкие критерии публичности исполнения. Это порождает неясность правовых последствий исполнения и публичного исполнения как юридических фактов.

Споры могут возникнуть и в связи с различным смыслом, который законодатель вкладывает в категорию публичного исполнения в рамках норм, регламентирующих авторско-правовые отношения.

Впервые в гл. 70 ч. 4 Гражданского кодекса РФ категория публичного исполнения появляется в ст. 1259 ГК РФ, в соответствии с которой публичное исполнение представляет собой одну из разновидностей объективной формы выражения произведения – устную.

Основное правовое последствие исполнения в указанном смысле выражается в объективизации во вне результата творческого труда, вследствие чего он приобретает свойства охраноспособного объекта – произведения.

Однако возникает вопрос, действительно ли при этом исполнение обязательно должно быть публичным?

Представляется, что основание для сужения понятия исполнения до публичного исполнения отсутствует.

Произведение приобретает объективную форму при любом исполнении, а не только публичном. Соответственно, любое исполнение произведения должно придавать ему охраноспособность.

На публичное исполнение указывается также в ч. 3 ст. 1263 ГК РФ, в соответствии с которой при публичном исполнении аудиовизуального произведения композитор, являющийся автором музыкального произведения (с текстом или без текста), использованного в аудиовизуальном произведении, сохраняет право на вознаграждение за указанный вид использования его музыкального произведения. В данном случае публичное исполнение представлено уже в несколько ином смысле, нежели в ст. 1259 ГК РФ, а именно как разновидность, способ использования произведения, как действие, направленное на реализацию исключительного права, порождающее одновременно право композитора на вознаграждение.

Аналогичный подход к публичному исполнению содержится в п. 6 ч. 2 ст. 1270 ГК РФ, в соответствии с которым публичное исполнение рассматривается как способ использования произведения, дано его понятие. В соответствии с указанной нормой публичное исполнение произведения – это представление произведения в живом исполнении или с помощью технических средств (радио, телевидения и иных технических средств), а также показ аудиовизуального произведения (с сопровождением или без сопровождения звуком) в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи.

Однако нет однозначности в понимании места, открытого для свободного посещения, и количества лиц, которое должно признаваться значительным.

Не дает ответ на указанный вопрос и судебная практика. Так, в соответствии с п. 32 Постановления Пленума Верховного Суда РФ №5, Пленума ВАС РФ №29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» указанные обстоятельства необходимо определять с учетом конкретных обстоятельств рассматриваемого дела.

Возникает вопрос, будет ли, например, публичным исполнение произведения на домашнем празднике, специалистам в той или иной области, коллегам по работе?

В доктрине авторского права выработана позиция (Н.В. Макагонова, С.П. Гришаев), что для приобретения признака публичности исполнение должно происходить в месте, открытом для широкой публики, и, соответственно, не должно признаваться публичным, например, исполнение на домашнем музыкальном или театральном вечере или в узком профессиональном кругу.

Однако данный подход также не представляется удачным, так как снова возникает проблема оценки «широты» публики.

Таким образом, следует согласиться с позицией о необходимости пересмотра критерия признания произведения публичным.

Решение указанной проблемы исключительно важно, так как в дальнейших нормах ГК РФ с публичным исполнением связывает ряд серьезных юридических последствий, которые изменяют содержание абсолютного авторского правоотношения в сторону его уменьшения, в частности определяют право на свободное использование произведений.

В ГК РФ встречается и третье понимание публичного исполнения, а именно в ст. 1268 ГК РФ публичное исполнение определено в качестве способа обнародования произведения, т.е. способа осуществления, реализации «инового» субъективного права – права на обнародование. Исходя из толкования указанной нормы публичное исполнение представляет собой действие, которое впервые делает произведение доступным для всеобщего сведения.

Указанное понимание публичного исполнения, безусловно, правильно, однако не исчерпывающее. В данном случае следует различать первичное и вторичное публичное исполнение.

Таким образом, первичное публичное исполнение будет представлять собой как один из способов обнародования произведения (способов осуществления «инового» в рамках системы авторских прав субъективного права), так и одновременно являться способом осуществления исключительного права. Именно первичное публичное исполнение влечет изменение содержания абсолютного авторского правоотношения, т.е. автор или иной правообладатель теряют право в случаях свободного использования разрешать использование произведения, а также право на получение соответствующего вознаграждения (см., например, статьи 1273 и 1274 ГК).

Вторичное публичное исполнение, как и исполнение произведения вообще, представляет собой действие, направленное на реализацию исключительного права, не влекущее изменения содержания абсолютного авторского правоотношения.

Таким образом, если первичное исполнение произведения является публичным, то оно вызывает значительные юридические последствия и при пересмотре критериев определения публичности исполнения представляется необходимым ввести презумпцию «публичности исполнения», в противном случае возникнут сложности с определением его правовых последствий.

Представляется, что презумпция может звучать следующим образом: любое исполнение является публичным, если оно не осуществляется в личных бытовых целях, не имеющих коммерческого интереса.

ЗАКОНЫ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Рассматривая законы Республики Беларусь как нормативные правовые акты, содержащие нормы гражданского права, необходимо отметить тот факт, что до внесения в 1996 г. изменений в Конституцию Республики Беларусь и до принятия ГК 1998 г. законы занимали третью ступень в иерархической системе гражданского законодательства после Конституции и ГК 1964 г. и, как следствие, ведущее место в регулировании экономических отношений.

С того момента, когда Беларусь встала на самостоятельный путь развития, на уровне законов были закреплены нормы, регламентирующие процедуру участия в наиболее важных общественных отношениях, возникающих в процессе производства, обмена и потребления материальных благ.

Несомненно, большая роль законов в регулировании гражданских отношений в начале 90-х гг. была обусловлена тем, что на территории Беларуси действовал ГК БССР 1964 г., который, даже после внесения в него изменений, не мог обеспечить полное системное регулирование экономических отношений, развивающихся в новых условиях государственного управления.

Вступивший в силу с 1 июля 1999 г. ГК от 7 декабря 1998 г., как нормативный правовой акт нового поколения, изменил ситуацию в области регулирования соответствующего сегмента общественных отношений. Многие нормы, закрепленные в законах, принятых в начале 90-х гг., прекратили свое действие, как противоречащие нормам ГК.

Изложенное позволяет констатировать тот факт, что с 1 июля 1999 г. значение обычных законов как регуляторов экономических отношений существенно снизилось.

Наряду со вступлением в силу ГК 1998 г. определенную роль в снижении значимости законов в процессе регулирования гражданских отношений сыграли изменения, внесенные в Конституцию по итогам Республиканского Референдума 1996 г., в соответствии с которыми временным декретам и указам Президента Республики Беларусь, принятым на основе и во исполнение Конституции, была придана большая юридическая сила, чем законам, в том числе и кодифицированным.

В силу внесенных в Конституцию изменений в настоящее время любая норма гражданского права, содержащаяся в законе, может быть переведена в разряд недействующих посредством принятия декрета или указа Президента, содержащего правовые нормы, по-иному регулирующие сегмент общественных отношений, урегулированный нормами закона.

Вступление в силу такого нормативного правового акта Президента отразится на порядке применения норм соответствующего закона, которые, в таком случае, могут применяться в части, не противоречащей нормам вступившего в силу акта Главы государства, что следует из установленной нормами ст. 137 Конституции и ст. 3 ГК иерархической соподчиненности нормативных правовых актов системы гражданского законодательства.

Примерами нормативных правовых актов Главы государства, нормами которых изменялась процедура участия в соответствующих имущественных общественных отношениях, урегулированных нормами ГК или иных законов системы гражданского законодательства, могут служить, например: Указ Президента Республики Беларусь от 18 июня 2005 г. №285 «О некоторых мерах по регулированию предпринимательской деятельности»; Указ Президента Республики Беларусь от 1 июля 2005 г. №300 «О предоставлении и использовании безвозмездной (спонсорской) помощи»; Указ Президента Республики Беларусь от 5 мая 2006 г. №296 «Об упорядочении использования финансовых ресурсов государственных организаций и хозяйственных обществ с долей государства в уставных фондах»; Указ Президента Республики Беларусь от 25 августа 2006 г. №530 «О страховой деятельности»; Декрет Президента Республики Беларусь от 19 декабря 2008 г. №24 «О некоторых вопросах аренды капитальных строений (зданий, сооружений), изолированных помещений, машино-мест»; Декрет Президента Республики Беларусь от 16 января 2009 г. №1 «О государственной регистрации и ликвидации (прекращении деятельности) субъектов хозяйствования»; Декрет Президента Республики Беларусь от 1 марта 2010 г. №3 «О некоторых вопросах залога имущества» и некоторые др.

Названные в качестве примеров нормативные правовые акты Президента Республики Беларусь наглядно свидетельствуют о том, что государство активно вмешивается в правовое регулирование экономической деятельности в различных сферах ее осуществления посредством принятия нормативных правовых актов, обладающих более высокой юридической силой, чем ГК и обычные законы, что приводит к отмене закрепленных в них норм в случае их расхождения с нормами указов и декретов Президента, регулирующих тот же сегмент экономической деятельности, и, как следствие, изменению правил участия в гражданско-правовых отношениях, установленных нормами ГК, и обычных законов системы гражданского законодательства.

Вместе с тем в Беларуси в настоящее время действует достаточно большое количество законов, содержащих нормы гражданского права, которые действуют в части, не противоречащей нормам ГК, декретов и указов.

Однако в процессе государственного регулирования общественных отношений, составляющих предмет гражданского права, в большей степени используют такие законодательные акты, как указы и декреты Президента Республики Беларусь, что обусловлено упрощенным порядком их принятия и введения в действие.

Так, в 2011 г на территории Республики Беларусь было принято 103 закона. При этом непосредственно в области гражданско-правовых отношений был принят только один закон – Закон Республики Беларусь от 17 мая 2011 г. «Об авторском праве и смежных правах»; в 2012 г. (по состоянию на 15 июня) было принято 60 законов. При этом не было принято ни одного закона в области регулирования имущественных отношений.

В отличие от законов на указанную дату 2012 г. было принято 6 декретов Президента Республики Беларусь, один из которых (впервые принятый) направлен на регулирование экономических отношений, и 237 указов Президента Республики Беларусь, 17 из которых (впервые принятых) направлено на регулирование экономических отношений.

В связи с изложенным можно констатировать тот факт, что, применяя на практике нормы того или иного закона, следует внимательно изучать весь спектр законодательных актов, содержащих нормы гражданского права, регулирующие конкретные общественные отношения, и сопоставлять нормы, закрепленные в подлежащем применению законе, с нормами ГК, указов и декретов Президента Республики Беларусь. Именно такой подход при сложившейся системе гражданского законодательства Республики Беларусь может обеспечить правильный выбор применяемой нормы гражданского права.

В заключение можно отметить, что приведенное выше иерархическое положение законов в системе гражданского законодательства и практика закрепления гражданско-правовых норм в нормативных правовых актах, обладающих большей, чем ГК и обычные законы юридической силой, усложняют порядок применения соответствующих норм и процедуру судебного разбирательства в случае возникновения спора о праве гражданском. Кроме того, отсутствие у ГК и обычных законов системы гражданского законодательства статуса самых нормативных правовых актов, обладающих высшей юридической силой в системе гражданского законодательства, что имеет место в Российской Федерации, лишает гражданско-правовые отношения, развивающиеся на территории Республики Беларусь, стабильности, правовых гарантий неизменности условий осуществления предпринимательской деятельности, что, в свою очередь, негативно сказывается на инвестиционной привлекательности Беларуси

А.Г. Матвеев

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПЯТЬ ДОВОДОВ В ПОЛЬЗУ ДЕКРИМИНАЛИЗАЦИИ ПЛАГИАТА

Плагиат можно определить как полное либо частичное заимствование оригинальных элементов, содержащихся в чужом произведении, и представление их в качестве своих. Плагиат нарушает авторские права, а именно право авторства, под которым понимается право признаваться автором произведения (п. 1 ст. 1265 ГК РФ).

В Российской Федерации плагиат, являясь нарушением права авторства, в то же время признается преступлением. Из п. 1 ст. 146 Уголовного кодекса РФ следует, что плагиат представляет собой присвоение авторства и это деяние является преступным только в случае причинения крупного ущерба автору или иному правообладателю. Плагиат является преступлением небольшой степени тяжести, так как за его совершение вообще не предусмотрено наказание в виде лишения свободы. Более того, состав этого преступления материальный, что наводит на мысль о том, что российский законодатель не посчитал преступным само по себе присвоение авторства. Уголовное дело о плагиате признается делом частно-публичного обвинения (п. 3 ст. 20 УПК РФ). Преступления с отмеченными характеристиками находятся как бы у самой границы, разделяющей общественно опасные деяния и деяния, характеризующиеся общественной вредностью. Таким образом, общественная опасность плагиата отнюдь не очевидна.

Целью данной работы является попытка ответа на вопрос, является ли в настоящее время в РФ плагиат общественно опасным деянием? Оценку общественной опасности плагиата представляется правильным осуществить с помощью многофакторного подхода, в рамках которого будут рассмотрены различные аспекты указанного деяния.

1. Плагиат нарушает право авторства, которое включается в группу личных неимущественных прав автора. Однако из всех этих прав только право авторства получило определенную привилегию: оно охраняется Уголовным кодексом. Одной из причин такой ситуации видится следующая. В российской юридической литературе с удивительным однообразием, без ссылок на первоисточники и без какой-либо серьезной аргументации высказывается идея, что право авторства является важнейшим из личных неимущественных прав автора и оно выступает основанием возникновения всех остальных имущественных и неимущественных авторских прав.

Однако такая идея не подтверждается положениями как действовавшего, так и действующего законодательства. Право авторства по букве и смыслу ст. 1255 ГК РФ является всего лишь одним из авторских прав. Эти права возникают одновременно в результате создания произведения (ст. 8 ГК РФ). Никаких различий в условиях возникновения права авторства и иных авторских прав закон не проводит. Представляется, что ученые, утверждающие, что право авторства является основанием для возникновения остальных авторских прав, производят подмену понятий и вместо права авторства в таких своих утверждениях имеют в виду само авторство, понимаемое обычно как юридический факт. Однако при такой подмене понятий говорить о научном рассмотрении права авторства уже не приходится, поскольку научное познание не может не считаться с законами логики.

Таким образом, все авторские права являются производными не от права авторства, а от творческого акта создания произведения автором. Соответственно, сохранять плагиат в УК РФ по той причине, что это деяние нарушает главное из авторских прав, нет оснований.

2. Декриминализация плагиата вписывается в русло уголовно-правовой политики Российской Федерации. Так, Федеральным законом от 7 декабря 2011 г. №420-ФЗ были декриминализированы такие преступления, как клевета и оскорбление. Эти деяния в определенном смысле являются родственными плагиату, поскольку посягают на честь, достоинство и деловую репутацию гражданина, которые, как и право авторства, включаются в группу личных неимущественных прав и нематериальных благ (ст. 150 ГК РФ).

Вряд ли право авторства является более ценным благом по сравнению с честью, достоинством, репутацией гражданина. Следовательно, декриминализация плагиата является логичным шагом на пути к дальнейшей гуманизации уголовного законодательства России.

3. Пункт 1 ст. 146 УК РФ сформулирован некорректно, что значительно затрудняет привлечение виновных к ответственности за плагиат и фактически превращает указанную норму в плохо работающий запрет. Как указывалось выше, условием привлечения к уголовной ответственности за плагиат является причинение крупного ущерба автору или иному правообладателю. Что понимается под крупным ущербом касательно п. 1 т. 146 УК РФ, в Кодексе не указано. Между тем право авторства – это личное неимущественное право. Его нарушение может повлечь только нематериальные последствия, например, моральный вред. Однако в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г.¹ подчеркивается, что при квалификации действий виновных по делам о преступлениях, предусмотренных ст. 146 УК РФ, не должен учитываться причиненный потерпевшему моральный вред (п. 28).

Как видно, толкование п. 1 ст. 146 УК РФ, данное Пленумом Верховного Суда, совершенно расходится с природой плагиата как нарушения личного неимущественного права. Теперь в России привлечь к уголовной ответственности именно за плагиат вообще невозможно, так как обязательным условием наступления такой ответственности является причинение убытков автору или иному правообладателю. Убытки могут возникнуть при нарушении только имущественных авторских прав. В результате получается, что по п. 1 ст. 146 УК РФ привлекается лицо, совершившее два правонарушения: собственно плагиат и нарушение имущественных авторских прав, причинившее крупный ущерб. Иными словами, сам по себе плагиат не считается общественно опасным деянием.

4. Среди авторов реакция на плагиат не является однозначно резко отрицательной. Далеко не все потерпевшие от плагиата заявляют о нем и тем более активно добиваются привлечения виновного к ответственности. Так, В.Е. Чернявская в своей статье приводит пример, из которого следует, что около трети ученых, принявших участие в опросе Американской ассоциации развития науки, заявили, что сталкивались со случаями плагиата и подтасовки данных. Около четверти из этих авторов отвечали, что не принимали никаких мер, треть обратилась лично к авторам, уличенным в плагиате, некоторые обратились к официальным лицам своей научной институции, и только 2% вынесли обнаруженный случай плагиата на суд общественности².

5. Одним из важнейших факторов, влияющих на декриминализацию того или иного деяния, является наличие эффективных гражданско-правовых и административных мер защиты от самого этого правонарушения и его последствий. Как отметили В.Н. Кудрявцев и В.Е. Эминов: «Декриминализация возможна, если с нежелательными формами поведения можно вести борьбу иными, более мягкими (и, возможно, более действенными) средствами, чем уголовное наказание (его нередко можно заменить другими процедурами, например, лишением лицензии на ту или иную деятельность)»³.

При совершении плагиата, во-первых, уголовно-правовые меры, как было показано выше, являются практически не работающими. Во-вторых, гражданско-правовой инструментарий, который можно использовать в случае присвоения авторства, является весьма эффективным и достаточно гибким. Автор, пострадавший от плагиата, вправе прибегнуть как к мерам защиты, так и мерам гражданско-правовой ответственности. К первым относятся признание права, восстановление положения, существовавшего до нарушения права, пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, публикация решения суда о допущенном нарушении (п. 1 ст. 1251 ГК РФ). Ко вторым – компенсация морального вреда (ст. 151, п. 1; ст. 1251 ГК РФ), а также выплата компенсации (ст. 1300, 1301 ГК РФ).

Итак, обобщая сказанное выше, можно заключить, что плагиат не является в настоящее время общественно опасным деянием. Представляется, что при декриминализации плагиата российскому законодателю следует пойти классическим путем и установить за это деяние административную ответственность, внося соответствующие изменения в КоАП РФ.

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. №14 «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака» // Российская газета. 2007. №95. 5 мая.

² Чернявская В. Е. Плагиат как социокультурный феномен // Известия Санкт-Петербургского университета экономики и финансов. 2001. №3. С. 26–31.

³ Кудрявцев В. Н., Эминов В. Е. Криминология и проблемы декриминализации // Журнал российского права. 2005. №4. С. 103–107.

В.А. Микрюков

Московская государственная юридическая академия им. О.Е. Кутафина, г. Москва

О ВОЗМОЖНОСТИ ОГРАНИЧЕНИЯ И ОБРЕМЕНЕНИЯ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ ПО АНАЛОГИИ

Отраслевой особенностью гражданского права является прямое дозволение в ст. 6 ГК РФ применения аналогии закона и аналогии права для восполнения пробелов гражданско-правового регулирования. Однако содержание этой статьи не позволяет однозначно ответить на вопрос о возможности использования аналогии с целью ограничения или обременения гражданских прав.

В судебной практике имеются акты, в основу которых положена идея о принципиальной допустимости установления гражданско-правовых ограничений и обременений посредством нормы ст. 6 ГК РФ.

В отношении ситуаций отчуждения предмета залога без согласия залогодержателя Пленум ВАС РФ в п. 25 постановления от 17 февраля 2011 г. №10 «О некоторых вопросах применения законодательства о залоге» вопреки положениям п. 1 ст. 352 и п. 1 ст. 353 ГК РФ, не ставящих сохранение существования и объема права залога в зависимость от добросовестности нового собственника имущества и его осведомленности о правах залогодержателя, разъяснил, что, исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости, не может быть обращено взыскание на заложенное движимое имущество, возмездно приобретенное у залогодателя лицом, которое не знало и не должно было знать о том, что приобретаемое им имущество является предметом залога. Следование этому разъяснению, очевидно, приводит к существенному ограничению права залога в силу применения аналогии права.

Пример использования аналогии в целях создания обременений обнаруживается в сфере отношений, похожих на арендные. Так, по мнению Президиума ВАС РФ, изложенному в п. 1 информационного письма от 11 января 2002 г. №66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой» договор между собственником здания и другим лицом, на основании которого последнее использует отдельный конструктивный элемент этого здания для рекламных целей, не является договором аренды. В то же время само по себе заключение таких договоров признается высшим судебным органом правомерным и согласно п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. №64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания» к ним применяются по аналогии положения законодательства о договоре аренды, при том, что обременение (вытекающее вследствие применения нормы ст. 617 ГК РФ о сохранении договора аренды в силе при изменении сторон) устанавливается на все здание в целом.

Правомерность реализации указанных судебных разъяснений вызывает серьезные сомнения.

Думается, что вывод о недопустимости установления ограничений гражданских прав вследствие применения законодательства по аналогии прямо вытекает из положения п. 2 ст. 1 ГК РФ, согласно которому гражданские права могут быть ограничены лишь в силу указания федерального закона. Иное толкование этого положения во взаимосвязи с нормой ст. 6 ГК РФ, не предусматривающей соответствующих оговорок в отношении ограничений, противоречит закрепленным в п. 1 ст. 1 ГК РФ основным началам гражданского законодательства, предполагающим, в частности, признание неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав.

Представляется, что положение о неправомерности обременения гражданских прав по аналогии также может быть выведено непосредственно из действующих норм гражданского законодательства. В частности, наделение прав-обременений конституирующим их свойством прикрепления к объекту вне зависимости от того, кто является текущим обладателем обремененного права (свойством следования), при отсутствии прямого указания закона вступает в конфликт с правилом п. 3 ст. 308 ГК РФ, согласно которому обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон. Кроме того, в вещно-правовой сфере создание не предусмотренных законом обременений приводит к нарушению принципа *numerus clausus* в вопросе определения перечня ограниченных вещных прав (вещных обременений).

В целях достижения предельной нормативной четкости в вопросе о применении гражданского законодательства по аналогии и исключения поводов к необоснованному незаконному ограничению и обременению гражданских прав видится целесообразным дополнить ст. 6 ГК РФ п. 3 следующего содержания: «Применение гражданского законодательства по аналогии с целью ограничения и обременения гражданских прав не допускается».

ОБЗОР НЕКОТОРЫХ ВОПРОСОВ ПАТЕНТОВАНИЯ АВТОРАМИ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРОДУКТОВ

В последнее время в нашей стране в частности, и в мире в целом весьма популярной и набирающей обороты становится процедура патентования авторами своих произведений, и продуктов интеллектуального творчества, особенно в сфере реализации инноваций в условиях конкурентного рынка.

Наиболее важную роль в развитии инноваций, формировании высококвалифицированных специалистов и увеличении роста производства играют малые и средние предприятия (*далее МСП*). Защита интеллектуальной собственности для МСП, в том числе путем патентования, является основным фактором успешного конкурирования на мировом рынке.

Согласно проведенного Организацией экономического сотрудничества и развития (*далее ОЭСР*) исследования в 2011 году, стало понятным, что в последнее время в большинстве стран с развитой экономикой и государственной политикой, направленной на развитие инновационного сектора, весьма популярным становится институт патентования, как основной механизм сохранения и развития интеллектуальной инновационной собственности.

В ходе проведенного исследования были проанализированы нормы регулирования и опыт МСП в сфере управления интеллектуальной собственностью в девяти странах: Австралии, Италии, Дании, Финляндии, Исландии, Норвегии, Швеции, Великобритании и США. В выборку вошли предприятия различных сфер бизнеса: творческая индустрия (архитектура, дизайн, издательство и др.), наукоемкий бизнес (информационные технологии и др.), производственный сектор, включая хай-тек индустрию (биомедицинское оборудование и др.) и традиционную модную индустрию (мода и производство товаров класса-люкс)¹.

В Австралии создана «Инновационная система патентования» («InnovationPatentSystem»), основной задачей которой является стимулирование МСП к защите интеллектуальной собственности посредством патентования, за счет упрощения процедуры, снижения издержек и сокращения времени на процедуру регистрации. Кроме того, новая система предоставляет альтернативную возможность защиты изобретений, не соответствующих необходимым стандартам к регистрации интеллектуальной собственности².

В Италии принят закон об интеллектуальной собственности, способствующий повышению качества патентов и возможности судебной защиты прав собственности. Как показывает практика, с момента принятия этого закона в 2005 году число заявок на получение патента в этой стране значительно возросло.

Во всех Скандинавских странах, вне зависимости от членства страны в ЕС, реализуется реформа в сфере защиты интеллектуальной собственности, направленная на повышение доступности регистрации торговых марок и использования авторского права для творческих индустрий.

После усовершенствования на законодательном уровне процедур подачи заявок на получение патента в Великобритании, процедура защиты интеллектуальной собственности для МСП стала более быстрой и доступной.

В США также был разработан ряд действенных механизмов, направленный на ускорение отбора заявок, на получение патента на результат интеллектуального труда. Кроме того, в США впервые был введен институт омбудсмана по решению проблем в процессе выдачи патентов. С целью сближения американской системы патентования с общемировой практикой получения патента на результат интеллектуального труда, в США в 2011 году был принят специальный закон. Согласно принятого закона патент выдается лицу, которое первым подает заявку, а не первому изобретателю, как это было принято ранее в США. Также закон значительно сократил процедуру рассмотрения заявок, делегировав специальному патентному офису право устанавливать собственные сборы и привлекать дополнительных экспертов.

Несмотря на распространение института патентования в мире, нельзя не отметить присутствие внутреннего ограничения в управлении интеллектуальной собственностью предприятием. Достаточно часто хозяйствующие субъекты, особенно МСП не имеют сформированной стратегии управления

интеллектуальной собственностью. Недостаточное использование различных методов защиты связано с отсутствием осведомленности и низкой профессиональной компетентностью компаний в данной сфере. Для большинства МСП финансово затруднительным является привлечение внешних специалистов в области защиты прав интеллектуальной собственности. Кроме высокой финансовой затратности, одним из основных внешних ограничений в управлении интеллектуальной собственностью является для большинства стран длительность процедуры получения патента, которая в некоторых странах, например, в США, составляет несколько лет, и по прошествии этого времени актуальность и необходимость получения патента на результат интеллектуального труда МСП попросту утрачивается.

Что касается России, то в нашей стране вопрос получения патента на результат интеллектуального труда осложнен и мало востребован авторами не только по причине отсутствия, аналогичных законодательных и государственных механизмов, распространенных в других странах, например, США, Италии, Великобритании, специального законодательного регулирования порядка получения патента и института защиты прав интеллектуальной собственности, но и по причине невозможности реализации на рынке своего запатентованного интеллектуального продукта. Так, некоторые ученые, например, юристы, на основе проведенных теоретических разработок создают различные методики и программные комплексы, которые направлены на масштабное распространение в сфере, например, предпринимательства, где используя различные разработанные учеными программные комплексы, бизнес-структуры могут защитить себя с правовой точки зрения от, например, незаконного захвата бизнеса³. Однако, отечественные правообладатели свидетельств о государственной регистрации программ (патентообладатели) сталкиваются с проблемой невозможности фактической материализации своей запатентованной научной разработки из-за отсутствия конкретных правовых механизмов регулирующих последовательность производства данного процесса от получения патента до выхода на рынок продукта интеллектуальной деятельности. С целью совершенствования законодательства в данной сфере представляется необходимым на законодательном уровне разработать механизм, который бы четко определял порядок реализации на рынке запатентованного интеллектуального продукта, а также прописывал бы механизм его реализации.

¹См. подробнее: Отчет об исследовании, размещенный на официальном сайте ОЭСР в разделе Публикации ОЭСР на русском. – Электронный ресурс. Режим доступа: <http://oecdru.org/publics.html>

²См. подробнее: Отчет об исследовании, размещенный на официальном сайте ОЭСР в разделе Публикации ОЭСР на русском. – Электронный ресурс. Режим доступа: <http://oecdru.org/publics.html>

³См., например: Программный комплекс корпоративного аутсорсинга и хозяйственного консалтинга. Авторы Иншакова Агнесса Олеговна, Мирина Нина Владимировна. Правообладатель ФГБОУ ВПО «Волгоградский государственный университет»

И.Ю. Мирских

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Интеллектуальная собственность – это результат творческого интеллектуального труда. По мнению А. Птушенко, «творчество – процесс, в итоге которого из известных реалий создается нечто объективно новое или обнаруживаются ранее неизвестные реалии», в т. ч. идеи. При этом интеллект рассматривается как способность системы анализировать внешние стимулы, поддерживать гомеостаз, формировать идеи и создавать духовные ценности. Результатом работы интеллекта является формирование идей, которые в ряде случаев имеют достаточно высокую стоимость. Интеллект, т.е. «познавательные способности человека», стал фактором общественного производства, а творения человеческого разума («интеллектуальный капитал», «духовное имущество») приобрели значение одного из основных объектов экономического оборота. Объективное выражение результата интеллектуальной деятельности – необходимое условие передачи другим лицам нового знания, не известного никому, кроме породившего его субъекта, условие появления «объективно существующего нового знания», в ряде случаев предполагающего наличие материального носителя творческого результата.

Интеллектуальная собственность, защищенная правовыми нормами, приводит к возникновению особого рода монополии. Она обеспечивает доступ различных хозяйственных единиц к изобретениям, промышленным образцам и другим результатам технического творчества, что способствует

экономическому развитию общества. В то же время монополия, распространяющаяся на объекты интеллектуальной собственности (далее – ИС), сдерживает конкуренцию, уменьшает выбор потребителей и т.д. В целях защиты интересов авторов и сокращения негативных последствий монополизма эксперты ведущих стран предлагают сократить сроки действия патентов в коммерческом использовании. Монополия, обеспечивающая право собственности, не является монополией абсолютной. Она ограничена во времени. Кроме того, существует конкуренция с аналогичными товарами, торговыми марками и т.п. Изобретения конкурируют с соответствующими технологиями, таким образом, нельзя доходы, полученные от исключительного использования изобретений, называть в полной мере монополистическими.

Высказываются также различные мнения по вопросу о возможности каждого свободно использовать результаты интеллектуальной и инновационной деятельности. Некоторые ученые полагают, что в случае предоставления подобной возможности никто не будет заинтересован вкладывать собственные денежные средства в инновации и исследования. Все конкуренты будут ждать, пока кто-нибудь не сделает соответствующих инвестиций, для того, чтобы тут же воспользоваться их результатами, ничем не рискуя и не вкладывая собственных средств. Это, в свою очередь, приведет к нарушению нормального функционирования экономики, т.к. инновационная и творческая деятельность являются важными элементами свободной рыночной экономики. С другой стороны, перспектива приобрести исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности будет стимулировать частных предпринимателей и юридических лиц инвестировать денежные средства в различные исследования. Кроме того, исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности позволяют получать высокие доходы. Автор или изобретатель будет стремиться к увеличению прибыли путем использования результатов интеллектуальной деятельности либо самостоятельно, либо путем предоставления соответствующих прав третьим лицам. Использование исключительных прав на интеллектуальную собственность обеспечивает доход правообладателю, а наличие этого дохода, в свою очередь, стимулирует продолжение его инновационной работы.

Интересная трудовая теория была предложена Дж. Локком. Она состоит из сочетания двух основных тезисов: 1) Каждый имеет право собственности на свою рабочую силу (работу своего тела и ума). 2) Применение труда к вещи, не имеющей собственника (переработка), создает право собственности на эту вещь. Рассмотрение данной теории в контексте прав интеллектуальной собственности позволяет объяснить, почему именно автор, а не кто-либо другой, приобретает авторские права на произведение и почему именно изобретатель получает соответствующий патент.

Интеллектуальная собственность является объектом бухгалтерского учета. Интеллектуальная собственность подлежит оценке в денежном выражении путем суммирования фактически произведенных расходов, что находит отражение в бухгалтерском учете. Оценка интеллектуальной собственности может также производиться на основе определения рыночной стоимости (цены), которая включает и другие факторы, в т. ч. прибыль. Использование объектов интеллектуальной собственности на предприятии предполагает проведение аудита, т.е. экспертизы (ревизии) юридических и учетных документов.

Интеллектуальная собственность может быть использована на предприятии в двух формах: а) как вклад в уставный капитал; б) в хозяйственной деятельности в составе нематериальных активов. При использовании интеллектуальной собственности в уставном капитале формируется значительный по размерам уставный капитал, обеспечивается доступ к банковским кредитам и инвестициям. Интеллектуальную собственность можно обозначить как реальные денежные средства. Обладание интеллектуальной собственностью дает возможность участвовать в качестве учредителей (сособственников) при организации дочерних и самостоятельных юридических лиц без отвлечения денежных средств. Использование интеллектуальной собственности в хозяйственной деятельности позволяет документально подтверждать право собственности и ставить объекты ИС на баланс в качестве имущества предприятия. Это дает амортизацию интеллектуальной собственности и обеспечивает возможность образовывать соответствующие фонды амортизационных отчислений за счет себестоимости продукции. От использования ИС в хозяйственной деятельности предприятия получают дополнительные доходы, а также обеспечивают обоснованное регулирование расценок на продукцию инновационной деятельности предприятия в зависимости от объема передаваемых прав на использование интеллектуальной собственности.

Один из важных вопросов, которые возникают при рассмотрении права интеллектуальной собственности, состоит в том, каким образом эта законодательно установленная монополия в виде исключительного права собственности соотносится с идеалами свободной рыночной экономики и свободной конкуренции. На первый взгляд любая форма монополии кажется несовместимой со свобод-

ной конкуренцией, однако исключительные права в определенной мере необходимо для экономического развития, т.к. конкуренция может играть роль регулятора рыночных отношений только в том случае, когда продукты человеческого труда защищаются правом собственности. При рассмотрении монопольного характера исключительных прав необходимо учитывать, что эти права могут передаваться и продаваться, как и телесные вещи. Рыночный механизм – это более сложное явление по сравнению с конкурентной/монопольной дихотомией. Ограничение конкуренции на одном уровне может быть необходимо для обеспечения конкуренции на другом уровне. В целом можно выделить три уровня (ступени): производство, потребление и инновация. Существование права собственности на товары усиливает конкуренцию на уровне производства, но ограничивает конкуренцию на уровне потребления, т.к. не все товары, принадлежащие участникам экономического оборота, можно купить. В свою очередь право собственности устанавливает ограничения конкуренции на ступени производства. Только обладатель патента на изобретение может его использовать, и только обладатель авторских прав на литературное произведение имеет право на его воспроизведение. Эти ограничения стимулируют развитие конкуренции на инновационном уровне. Существование права собственности и исключительных прав на одном уровне гарантирует развитие конкуренции на следующем уровне. Следовательно, право собственности и исключительные права необходимы для нормального функционирования рыночного механизма. Таким образом, обращаясь к теме о патентах, можно сказать, что патенты предотвращают диффузию (распыление) новых технологий, для того чтобы гарантировать и сохранить существование технологий в будущем. Вышесказанное подтверждает, что было бы не совсем корректно рассматривать исключительное право как монополию, которая находится в постоянном конфликте с основными принципами свободной конкуренции.

Н.С. Михайлова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

О ПРАВЕ ЧЛЕНОВ СЕМЬИ СОБСТВЕННИКА ЖИЛОГО ПОМЕЩЕНИЯ В СООТВЕТСТВИИ С ПРОЕКТОМ ИЗМЕНЕНИЙ В ГК РФ

Вопрос о праве членов семьи собственника жилого помещения всегда являлся предметом дискуссий. Неоднозначно он решался и в законодательстве, так как попытка соблюсти баланс интересов собственника и иных граждан приводила к изменению соответствующих норм. Так, до 2004 г. согласно ст. 292 ГК РФ члены семьи собственника имели самостоятельное право на жилое помещение, которое не прекращалось с переходом права собственности на жилое помещение к другому лицу. С принятием ЖК РФ право пользования жилым помещением членами семьи собственника было отнесено жилищным законодательством к ограниченному вещному праву, но в то же время данное право было лишено свойства следования и прекращалось с утратой статуса члена семьи. В настоящее время Проект изменений в ГК РФ вновь предполагает внесение корректив в правовой статус членов семьи собственника жилого помещения.

Согласно ст. 298.3 Проекта члены семьи собственника, проживающие в принадлежащем ему жилом помещении, имеют право пользования этим помещением на праве социального пользования. Проект изменений в ГК РФ однозначно относит (ст. 223) данное право к ограниченному вещному праву. А поскольку ст. 221 Проекта за всеми вещными правами признает свойство следования, то фактически норма ст. 292 ГК РФ, действующая до 2004г., восстанавливается.

Право социального пользования является разновидностью права личного пользования (узуфрукта) и обладает рядом особенностей: 1) объектом данного права может быть только жилое помещение; 2) субъектами – лица, отвечающие требованиям, предусмотренным ГК РФ и ЖК РФ; 3) право возникает при наличии определенного юридического состава в силу закона либо по решению суда; 4) право является безвозмездным и срочным.

Как следует из положений п. 5 ст. 302 и п. 2 ст. 302.6 Проекта по общему правилу социальное пользование устанавливается в отношении лиц, которые: а) совместно проживают с собственником жилого помещения, б) имеют право требовать от собственника уплаты алиментов, в) не имеют в собственности или на условиях социального найма изолированное жилое помещение. Если лицо не имеет права требовать от собственника жилого помещения уплаты алиментов, но находится на иждивении собственника, то социальное пользование может быть установлено по решению суда. Таким образом, исходя из буквального смысла, субъектами права социального пользования могут

быть как члены семьи собственника жилого помещения, так и лица, которые таковыми с точки зрения жилищного законодательства являются не признанными. В то же время остается открытым вопрос о праве членов семьи собственника жилого помещения, которые не находятся на иждивении собственника и не имеют права на алименты. Если законодатель предполагает предоставить право социального пользования любым членам семьи собственника жилого помещения, то необходимо вносить соответствующие дополнения в §2 гл. 20.3 Проекта. В частности, в ст. 302.6 должны быть указаны дополнительные основания установления социального пользования, а в ст. 302.8 «Срок социального пользования» необходимо указать период существования этого права у членов семьи собственника жилого помещения (допустим, как и в настоящее время, на период сохранения статуса члена семьи собственника). В любом случае правовая природа прав таких лиц должна быть законодательно определена.

Право социального пользования членов семьи собственника прекращаются, в том числе с истечением срока. И если подход законодателя о прекращении рассматриваемого ограниченного вещного права в связи с прекращением алиментных обязанностей не вызывает сомнений, то положение о пожизненном праве на жилое помещение у лиц, находящихся на иждивении собственника, требует уточнений. Думается, что в данном случае речь также должна идти о сохранении вещного права на период нахождения лица на иждивении.

Планируемые законодательные коррективы явным образом смещают правовое регулирование в сторону интересов обладателей ограниченных вещных прав. Так, если жилое помещение обременяется социальным пользованием, то у собственника существенно ограничивается право распоряжения данным объектом. Особо обращают на себя внимание две нормы Проекта. Во-первых, если жилое помещение находится на праве общей собственности и обременено правом социального пользования, то собственники не могут разделить жилое помещение (п. 4 ст. 222). Во-вторых, собственник жилого помещения, приобретший помещение, обремененное правом социального пользования, не имеет права пользоваться жильем (п. 1 ст. 302.7). Подобные ограничения права собственности вряд ли можно признать оправданными. Думается, что указанные правила должны предусматривать вариативность, в противном случае попытка соблюдения прав отдельных категорий лиц приведет к ограничению оборота недвижимости.

Е.А. Мякишева

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ЦИФРОВОЙ ИНФОРМАЦИИ

Мы живем в информационную эпоху непрерывных преобразований, когда способность общества постоянно обновлять информацию зависит от мощности поддерживающей ее информационной инфраструктуры и системного программного обеспечения. Однако процессы трансформации общества не столь однозначны, кроме положительных аспектов они вызывают серьезные проблемы.

С появлением цифровых информационных и коммуникационных технологий задача долговременного сохранения информации многократно усложнилась. Помимо информации на аналоговых носителях сегодня необходимо сохранять также электронную информацию, полученную как в результате оцифровки, так и изначально созданную в электронном виде. Без специальных усилий по сохранению цифровой информации, объем и разнообразие которой постоянно увеличиваются, она будет неизбежно и довольно быстро утрачена.

В 2001 г. ЮНЕСКО призвала государства модифицировать национальные законы об обязательном экземпляре таким образом, чтобы обеспечить долговременное сохранение и постоянный доступ к материалам, созданным в цифровой форме. Во многих странах (Германия, Греция, Дания, Ирландия, Исландия, Канада, Китай, Норвегия, Финляндия, Франция, Швеция, ЮАР и некоторые др.) уже пересмотрено законодательство об обязательном экземпляре и на данный момент охватывает как электронные издания на внешних носителях, так и сетевые материалы.

Обязательное депонирование электронных изданий на внешних носителях (CD и DVD) считается простой задачей, и многие страны уже включили эти издания в свои законы об обязательном экземпляре. Они являются законченным продуктом, имеют выходные данные и распространяются на материальных носителях, в этом отношении они аналогичны традиционным печатным изданиям. Их количество, по сравнению с печатной продукцией, невелико.

Конференция европейских национальных библиотек (CENL) и Федерация европейских издателей (FER) опубликовали «Декларацию о раз-работке и введении в действие схем добровольного депозита электронных публикаций», которая была утверждена на 19-м заседании CENL в Люксембурге в 2005 г. Этот документ заменил собой практический кодекс добровольного депонирования, разработанный CENL и FER и предложенный национальным библиотекам в 2000 г.

Единственный аспект сохранения цифровых информационных ресурсов, который напрямую регламентируется российским законодательством, – это защита информации.

Сейчас российское законодательство направлено на защиту правообладателя от несанкционированного распространения произведения и связанных с этим проблем. Федеральный закон РФ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» трактует, что защита информации является обязанностью обладателя информации (ст. 6, п. 4.2).

Правовые аспекты долговременного сохранения цифровой информации связаны с законами об обязательном экземпляре документов, охране интеллектуальной собственности, защите информации, а также их взаимодействием. Для обеспечения полноты охвата и долговременной сохранности информационных ресурсов в цифровую эпоху необходимы пересмотр законодательства об обязательном экземпляре документов и регулирование правоотношений, связанных с интеллектуальной собственностью. С появлением новейшей телекоммуникационной технологии, известной как computing cloud (компьютерное облако), необходимость на международном уровне выработать общие взгляды по рассмотрению данных вопросов особенно важна.

Х.Т. Насиров

Российско-Таджикский (славянский) университет, г. Душанбе

СУБСИДАРИНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА: СУЩНОСТЬ И ИХ ПРАВОВАЯ ПРИРОДА

Комплексное и всесторонне исследование теоретических основ субсидиарных обязательств, требует предварительного уяснения самого понятия субсидиарного обязательства, ее сущности и ее правовой природы в гражданском праве.

Термин «субсидиарное обязательство» был введен в обиход науки гражданского права только в конце девяностых годов прошлого столетия, и сразу же стал ассоциироваться с существовавшей на то время дефиницией «субсидиарная ответственность», согласно которой субсидиарный должник обязан возместить вред, причиненный кредитору основным должником в его невосполненной части. Однако если под гражданско-правовой ответственностью подразумевать отрицательную оценку действий правонарушителя, на которого возлагается осуждение в виде дополнительных обременений, в виде последствий за нарушение субъективного гражданского права, то саму субсидиарную ответственность для лица ее несущего можно представить как последствие за нарушение субъективных гражданских прав уже совершенное основным должником. Фактически, для субсидиарного ответчика это последствия, связанные с восполнением убытков кредитора, уже причиненных основным должником. Дополнительный должник хоть и привлекается к ответственности без собственного правонарушения, но отвечает за уже совершенное основным должником нарушение. В данном случае привлечь субсидиарного ответчика к ответственности для кредитора становится возможным, только после того как основной должник нарушит взятые на себя обязанности или иным образом воспрепятствует управомоченному субъекту существующего правоотношения реализовать свои законные возможности. Именно после это кредитору предоставляется право в принудительном порядке заставить дополнительного должника удовлетворить его требования в неисполненной части. В принципе субсидиарную ответственность можно трактовать, как некую субстанцию, неразрывно связанную с правонарушением, как обязанность субсидиарного должника под принуждением принять на себя неисполненную долю ответственности основного должника

В этом плане рассматривать субсидиарное обязательство как особой способ принуждения, признанного удовлетворить интересы (требования) кредитора в их неисполненной части, представляется неверным. С одной стороны, нам видится, что как и любое иное обязательственное правоотношение, субсидиарное обязательство, прежде всего, нужно рассматривать как возможность (субъективное право) кредитора, во-первых, предъявить свои требования основному должнику, во-вторых потребовать от него их исполнения, а в части неисполненного обратиться к дополнительному должнику и, в случае исполнения этих обязанностей, в третьих, присвоить результаты такого исполнения. И с дру-

гой стороны, субсидиарное обязательство необходимо рассматривать сквозь перечень соответствующих юридических обязанностей основного и дополнительного должников, имеющих целью исполнить требования кредитора и этим самым удовлетворить своими действиями интересы управомоченного в этом обязательстве лица. Причем если говорить об этих юридических обязанностях должников данного правоотношения, то естественно основной их целью становится удовлетворение требований кредитора, и выражается она в исполнении обязательства сначала основным должником, а затем уже в части исполненного, она может быть возложена на дополнительного должника. Собственно в юридической литературе под субсидиарным обязательством необходимо понимать такое правоотношение, содержанием которого является субъективное право кредитора потребовать удовлетворения его интересов, и субъективные обязанности его контрагентов, основного и дополнительного должников своими действиями удовлетворить требования кредитора. Субъективные обязанности основного и дополнительного должников своими действиями удовлетворить законные интересы кредитора в свою очередь предопределяют существо субсидиарного обязательства. В частности, дополнительный должник принимает на себя обязанность совершить определенные действия имущественного характера, и удовлетворить только те требования кредитора, которые останутся неисполненными основным должником. При этом, в рамках субсидиарного обязательства дополнительный должник принимает на себя обязанности возместить кредитору вред, который основной должник возможно причинит верителю в будущем, в его неисполненной части. Фактически субсидиарный должник обязуется ответить за чужой вред в его неудовлетворенной части, который будет причинен управомоченному в субсидиарном обязательном правоотношении лицу в будущем.

Особенностью субсидиарных обязательств становится также и то, что их возникновение возможно с одной стороны на договорной основе, и с другой стороны, юридические обязанности возместить убытки кредитора в их неисполненной части могут быть возложены на дополнительного должника законом.

Законом, как правило, на субсидиарного должника может быть возложена обязанность отвечать за основного должника в части неисполненного, в случаях, когда ответственность основного должника за неисполнение или ненадлежащее исполнение требований кредитора возникнет или будет спровоцирована действиями самого дополнительного ответчика. В данных случаях мы сталкиваемся с ситуацией, когда действия самого субсидиарного должника предопределяют ответственность основного должника, а последняя в свою очередь станет основанием возникновения юридической обязанности дополнительного должника, возместить будущие убытки кредитора в их неудовлетворенной части. Фактически можно сказать, что сам дополнительный должник своим поведением создает для себя субсидиарное обязательство понести чужую (в данном случае основного должника) ответственность. Здесь, возможное привлечение субсидиарного должника к исполнению обязательств в их неудовлетворенной части больше ассоциируется с применением гражданско-правовой ответственности за собственное правонарушение, совершенное в виде предоставления основному должнику противоправных указаний и поручений, в результате которых последний станет несостоятельным и у его кредитора возникнет имущественный вред. Однако, несмотря на это, данное обязательственное правоотношение по своему содержанию наполнено соответствующими субъективным правом кредитора требовать удовлетворения его интересов, и субъективными обязанностями его контрагентов-должников своими действиями удовлетворить эти требования кредитора. Опять-таки в субсидиарных обязательствах, возникших на основании закона, субсидиарный должник принимает на себя юридические обязанности, возместить кредитору неудовлетворенную часть вреда, которая может возникнуть в будущем (а может и не возникнет, если основной должник, несмотря на спровоцированные действия дополнительного, сможет самостоятельно, надлежащим образом, полностью исполнить принятые на себя обязательства и удовлетворить требования кредитора, и тем самым, соответственно дополнительному должнику так и не придется реализовать свои юридические обязанности)¹.

Представляется, что не менее интересным должно стать и правовое содержание договорной разновидности данного института гражданского права. В субсидиарных обязательствах на основании договора, субсидиарный должник принимает на себя обязанность возмещения неисполненной части убытков (которые еще не причинены основным должником и возможно причинены не будут) по согласованию как с кредитором, так и с основным должником. В условиях рыночной экономики в таком согласовании крайне заинтересованными становятся: и кредитор, которому посредством этого предоставляются дополнительные гарантии по обеспечению его интересов; и основной должник, ради которых он еще на стадии заключения договора с будущим кредитором, на основе достигнутых договоренностей, гарантирует своему контрагенту надлежащее исполнение принятых на себя обязательств кандидатурой надлежаще подобранного субсидиарного должника; и наконец, для субсидиар-

ного должника также особую важность приобретают согласованные со всеми участниками субсидиарного обязательства условия его надлежащего привлечения к исполнению неудовлетворенных требований кредитора в случаях неисправности основного должника.

Принятие на себя обязанностей по исполнению чужого долга по согласованию с кредитором и первоначальным должником в науке гражданского права издавна воспринималась в качестве самостоятельного основания перевода долга. Такие сделки, как правило, совершаются на основе соглашения между первоначальным должником и новым должником, так и путем соглашения между кредитором и новым должником, и гражданское законодательство вполне естественно распространило на эти сделки правила о переводе долга, одним из которых является допущение перевода долга лишь с согласия кредитора. Однако, как и в науке, так в гражданском законодательстве нигде не упоминается о предварительном согласии кредитора на возможную замену должника, и о правилах осуществления этого предварительного согласия. В связи с этим в рамках субсидиарного обязательства представляется возможность в полном объеме закрепить вероятность внедрения в гражданский порядок основных правил предварительного согласия кредитора на допущение перевода долга, которого к сожалению пока гражданском законодательстве нет.

Таким образом, суммируя вышеизложенное, мы можем определить конструкцию субсидиарного обязательства как гражданское обязательственное правоотношение, субъектный состав которого представлен тремя участниками: кредитором, выступающим управомоченной стороной, основным должником, выступающим стороной обязанной и должником дополнительным, потенциально готовым заменить основного, как только последний ненадлежаще исполнит либо не исполнит вообще принятые на себя обязанности. Содержанием данного правоотношения становится, с одной стороны, субъективное право кредитора требовать у обязанных к нему в обязательстве лиц (основного и дополнительного должников) удовлетворения своих интересов, и с другой стороны, юридические обязанности основного и субсидиарного должника, направленные на надлежащее исполнение требований кредитора, где обязанности основного должника надлежащим образом удовлетворить требования управомоченной стороны обеспечиваются потенциальными обязанностями дополнительного должника, удовлетворить эти требования в их неисполненной части. Представляется, что с учетом высказанных соображений относительно содержания юридической конструкции субсидиарного обязательства можно отметить огромный потенциал использования данного института гражданского права в урегулировании различных общественных правоотношений.

Так, как и прежде существенными остаются обеспечительные функции данных обязательств, при помощи которых, эффективно ограничивается риск кредитора в части надлежащего исполнения его требований со стороны обязанных в обязательстве лиц. В то же время, современная конструкция субсидиарного обязательства предоставляет еще гарантируемую возможность надлежаще исполнившему субсидиарному должнику на регрессное возмещение всех понесенных в связи с этим расходов, таким образом, исключая всякое неосновательное обогащение основного должника. Ведь дополнительный должник, исполнив субсидиарное обязательство за счет своих средств, сэкономил определенную имущественную массу основного должника, которую последний потратил бы, если бы исполнил требования кредитора самостоятельно. При этом, если сбережение основного должника произошло по вине субсидиарного должника, то последний вред ли сможет скомпенсировать понесенные в связи с этим расходы. В случаях же, когда имущественное сбережение основного должника произошло в результате его виновных действий, то именно при помощи института субсидиарного обязательства становится возможным включить юридическую обязанность основного должника возместить уменьшение имущественной массы дополнительного должника, в качестве элемента нового (трансформированного из субсидиарного) регрессного обязательства между субсидиарным и основным должником. Однако при регрессе наступает новое обязательство, на которое гражданское законодательство не распространяет правила об уступке требования и передачи долгов, свойственные при перемене лиц.

В этом отношении субсидиарные обязательства могут стать идеальным инструментом для скорректированного перевода неисполненных обязательств основного должника на другого должника в рамках вновь возникших новых обязательственных правоотношений. При этом возникновение прав и обязанностей на базе уже существующих правоотношений поможет осуществить их на основе соглашений, как между самими должниками, так и на основе соглашений между кредитором, первоначальным и дополнительным должниками, по крайней мере, обеспечивая некую преемственность в содержании субъективных прав и юридических обязанностей.

¹ Что по нашему мнению свидетельствует о потенциальном характере субсидиарных обязательств

АГЕНТСКИЙ ДОГОВОР И ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Проблемы правового регулирования агентских отношений сводятся в первую очередь к проблемам квалификации договора именно как агентского, его сравнительной характеристике по отношению к таким сходным правовым конструкциям, как поручение и комиссия.

Прежде всего следует исходить из того, что агентский договор не может квалифицироваться как частный случай (один из подвидов) договора возмездного оказания услуг, хотя именно по такому пути идет судебная практика¹.

Специфические особенности предмета агентского договора, принципиально отличающие его от любых иных посреднических соглашений, сводятся к следующему. Во-первых, агентский договор может содержать условие, запрещающее принципалу заключать аналогичные агентские договоры с другими агентами, действующими на определенной в договоре территории. Договор же поручения как основание представительских отношений не предусматривает таких ограничений (договор комиссии может содержать такой запрет, но при этом предмет договора комиссии значительно уже, чем агентского договора); во-вторых, по агентскому договору принципал в силу п. 1 ст. 1007 ГК РФ может быть обязан не вести самостоятельно аналогичную деятельность на этой территории, что не предусмотрено ни одним другим посредническим договором; в третьих, в договор может быть включена обязанность агента не заключать с другими принципалами аналогичных агентских договоров, которые должны исполняться на территории, полностью или частично совпадающей с той, что указана в договоре (п. 2 ст. 1007 ГК РФ); в четвертых, агентский договор заключается на определенное время, а не ради исполнения одного или нескольких поручений, как договор поручения. Агентский договор может содержать и иные, «эксклюзивные» лишь для этого договора условия, которых не может быть ни в одном ином посредническом договоре: нельзя заставить агента продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги определенной категории покупателей (заказчиков) либо исключительно покупателям (заказчикам), находящимся или живущим на указанной в договоре территории, - условия являются ничтожными в силу п. 3 ст. 1007 ГК РФ)².

Значение, сущность и сфера применения агентского договора наиболее глубоко исследованы Е.А. Сухановым, отмечающим, что конструкция агентского договора в российском праве преследует цель гражданско-правового оформления отношений, в которых посредник (представитель) совершает в чужих интересах одновременно как сделки и другие юридические действия (что характерно для отношений поручения и комиссии), так и действия фактического порядка, не создающие правоотношений принципала с третьими лицами. Именно в такого рода ситуациях, когда невозможно обойтись одной из традиционных конструкций договоров поручения, комиссии или подряда (возмездного оказания услуг), оптимальным является агентский договор.

Агентские договоры могут строиться по модели договора комиссии или договора поручения³. Агент, действующий от имени принципала, должен доказать свои полномочия перед третьими лицами доверенностью или иным документом, например, письменным договором агентирования, в котором зафиксировано полномочие.

Вопрос о том, может ли полномочие представителя (в том числе агента, когда он действует как представитель, т.е. от имени контрагента по агентскому договору) быть зафиксировано в ином, чем доверенность, документе, в литературе и правоприменительной практике решается неоднозначно. Согласно традиционному подходу решения вопроса полномочие (по крайней мере – при добровольном представительстве) всегда должно быть зафиксировано в особом документе – доверенности, без которой нет полномочия. Однако в законопроекте №47538-б «О внесении изменений в часть первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ» в силу п. 4 ст. 185 ГК РФ в редакции вышеуказанного проекта «Правила настоящего кодекса о доверенности применяются в случаях, когда полномочия представителя содержатся в договоре, в том

числе между представителем и представляемым либо ..., если иное не установлено законом или не противоречит существу отношений». И такой подход представляется более правильным, полностью соответствующим специфическим чертам метода гражданско-правового регулирования – свободе договора, диспозитивности и т.д.

Но в этом случае требуют конкретизации иные вопросы, вытекающие из возможности фиксации полномочия непосредственно в агентском договоре – без выдачи доверенности. В частности, может ли принципал (с учетом существующего общего правила о недопустимости одностороннего расторжения договора или изменения его условий) в одностороннем порядке отменить полномочие, являющееся частью содержания агентского договора, или изменить его содержание, что равносильно одностороннему расторжению или изменению агентского договора?

Если исходить из буквального толкования п. 1 ст. 450 ГК РФ в действующей редакции, то полномочия, закрепленные в тексте договора как его условия, могут быть отменены или изменены только обоюдным соглашением сторон, но не односторонним волеизъявлением принципала (а тем более – агента). В такой ситуации приведенные выше предполагаемые изменения в п. 4 ст. 185 ГК РФ потребовали бы включения в ГК РФ и специального правового режима для полномочия, зафиксированного непосредственно в договоре, в том числе договоре агентирования. Разработчики проекта учли возможную на практике ситуацию и обоснованно распространили нормы о доверенности (в том числе возможности её отмены представляемым в одностороннем порядке) и на полномочия, закрепленные в договоре (ст. 185–189 ГК РФ). «Если полномочия включены в текст договора, то с учетом новой нормы суды будут рассматривать такой договор как содержащий одновременно две сделки – собственно договор и доверенность»⁴, – справедливо отмечается в литературе.

Нужно учитывать и то, что в отличие от действующей редакции ГК РФ (п. 2 ст. 188), согласно которой лицо, выдавшее доверенность, может в любое время её отменить (отозвать), проект изменений в ГК РФ предлагает установить возможность ограничения немотивированной отмены доверенности (а следовательно, – и полномочия) – ст. 188.1 ГК РФ в редакции проекта. Думается, что во всех случаях фиксации полномочия непосредственно в договоре (т.е. без выдачи отдельного документа – доверенности) было бы целесообразно предусмотреть в законе безотзывность полномочия без прекращения самого договора, в котором закреплено полномочие.

Возникает и другой практический вопрос: как быть в ситуации, если агентский договор, в силу которого агент уже совершил сделку (сделки) от имени принципала в силу полномочия, зафиксированного в этом договоре, затем по тем или иным предусмотренным законом основаниям признан судом недействительным? Будет ли действительная и обязательная для принципала сделка, совершенная агентом при такой ситуации или она должна порождать последствия только для самого агента по правилам ст. 183 ГК РФ (заключение сделки неуполномоченным лицом)?

Думается, однако, что однозначного ответа на этот вопрос быть не может: всё зависит от оснований признания агентского договора недействительным. Очевидно, что признание такого договора недействительным как заключенного под влиянием, к примеру, угрозы, насилия, должно влечь недействительность (а точнее – отсутствие) и зафиксированного в нем полномочия с последствиями, предусмотренными в действующей редакции ст. 183 ГК РФ.

¹ См., например, Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 2 октября 2007 г. №Ф08-6448/2007-2386А // СПС Гарант.

² См. об этом подробнее: Николюкин С.В. Посреднические договоры. [Электронный ресурс] // СПС КонсультантПлюс.

³ Правила, регулирующие соответственно договор поручения или комиссии, применяются к агентскому договору лишь постольку, поскольку они не противоречат нормам об агентском договоре, содержащимся в гл. 52 ГК РФ, или существу агентского договора. В частности, в полном объеме не могут использоваться правила о договоре поручения или комиссии применительно к прекращению отношений, возникающих из агентского договора.

⁴ Егоров А. Доверенности в проекте поправок в ГК РФ. Что изменится в повседневной работе // Юрист компании. 2012. №6. С. 31.

ПРЕДМЕТ ДОГОВОРА В СФЕРЕ ГАЗОСНАБЖЕНИЯ

Существенные условия любого договора составляют неотъемлемый элемент договора как юридического факта. Без определенности по существенным условиям невозможен и сам договор как особая юридическая конструкция.

Гражданско-правовой договор считается заключенным, если стороны достигли соглашения по всем существенным условиям (п. 1 ст. 432 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)). Данные правила понятны для договоров, для которых в ГК РФ или специальном нормативном правовом акте непосредственно перечислены или определены существенные условия. Однако в Правилах поставки газа и других правовых актах о газоснабжении указываются некоторые условия, которые стороны должны определить в договоре поставки газа, при этом не называя их в качестве существенных условий для данного договора.

Согласно Правилам поставки газа в случае установления отдельным покупателям минимального объема потребления ими газа (например, по госзаказу) в договоре поставки по требованию такого покупателя должен быть определен объем поставки газа не менее этого минимального уровня (ч. 3 п. 5).

Нередко закон обязывает контрагентов договора включить в договор то или иное условие, прямо не называя его существенным. Так, условие о размере вклада каждого из участников полного товарищества должно содержаться в учредительном договоре такого товарищества в силу п. 2 ст. 70 ГК РФ, а в договоре простого товарищества оно необходимо в силу его природы, предполагающей соединение вкладов участников (п. 1 ст. 1041 ГК РФ). В обоих случаях, речь, несомненно, идет о существенном условии. Следовательно, для любого условия договора, в том числе и существенного, обязательным признаком, отличающим его от обязанности, определенной императивной или диспозитивной нормой, является признак обязательного его согласования сторонами договора.

В литературе в качестве существенных условий договора энергоснабжения обычно называют: предмет договора, который характеризуется количеством и качеством энергии; цену (стоимость) поставляемого газа; режим потребления энергии, а также условия, относящиеся к обеспечению содержания и безопасности сетей, приборов и оборудования. Что касается законодательства, то ни Федеральный закон «О газоснабжении», ни Правила поставки газа в Российской Федерации 1998 г. не только не содержат определения договора, но и не указывают, какие условия подлежат обязательному согласованию, т.е. являются объективно-существенными, без которых договор газоснабжения будет считаться незаключенным. Между тем еще М.М. Агарков отмечал, что энергия не является ни правом, ни вещью, а особым предметом договора, который проявляется в результате ее использования.

В гражданском правоотношении есть юридическое и материальное содержание. Поэтому оно может быть направлено и на юридические, и на материальные объекты. Юридическим объектом гражданского правоотношения является такое поведение обязанного лица, на которое вправе притязать управомоченное лицо (действия, работы, услуги). Материальным – тот объект, по поводу которого складывается правоотношение. Отсюда можно было сделать вывод, что любая энергия или энергетические ресурсы, в том числе и газ, – особый материальный объект договорного правоотношения, обязательства, а также существенное условие договора, наименование и количество которых стороны обязаны согласовать до исполнения обязательств.

Федеральным законом «О газоснабжении в Российской Федерации» особо установлено, что поставки газа потребителям осуществляются только при соответствии качества поставляемого газа государственным стандартам и при наличии сертификатов (ст. 19). Газ отличается следующими важными качественными характеристиками: его невозможно зрительно обнаружить как вещь; процесс производства газа (как и энергии вообще), как правило, непрерывен и неразрывно связан с его транспортировкой и конечным потреблением; газ при передаче потребляется и не может быть возвращен энергоснабжающей организации.

Качество газа как одно из условий, характеризующих предмет договора поставки газа, определяется стандартами. Качество газа должно соответствовать государственным стандартам, а также

сертификатам соответствия (ст. 19 Федерального закона «О газоснабжении в Российской Федерации»). Постановлением Государственного комитета Российской Федерации по стандартизации и метрологии от 21 августа 2000 г. №60 были утверждены Правила проведения сертификации газа, устанавливающие правила и процедуры проведения сертификации газа, поставляемого потребителям, учитывающие особенности его производства, международных требований и соответствующих соглашений на газовом рынке. Срок действия сертификата устанавливает орган по сертификации, но не более чем на три года в соответствии с п. 3.5.3 Порядка.

Условие договора о предмете следует считать согласованным, если оно позволяет определить не только наименование и количество товара, но и его качество, которые в триединстве составляют предмет договора. Стороны могут согласовать дополнительные требования к качеству подаваемого через присоединенную сеть газа, например, давление газа (в пределах, определенных нормативно-технической документацией и проектом). Но данные дополнительные условия будут инициативно-существенными, а не нормативно-существенными условиями.

Качество газа, в свою очередь, зависит от давления газа в присоединенной сети. Данный качественный параметр влияет на количество и качество подаваемого абоненту газа. С увеличением давления соответственно возрастает количество подаваемого по трубопроводу газа и, следовательно, изменяются его физические и качественные характеристики. Давление представляет собой один из важнейших показателей газа. Давление газа обуславливает постоянство теплового режима, соблюдение которого требуется для многих потребителей.

Арбитражные суды при рассмотрении разногласий поставщика с покупателями газа по условию о давлении газа исходят из того, что в соответствии с п. 3.3.2 Правил безопасности в газовом хозяйстве величина давления газа на выходе газорегуляторных станций (ГРС) должна поддерживаться поставщиком на уровне номинальном, определенном соответствующим проектом или технической документацией. Доводы покупателей в части того, что поставляемый газ должен соответствовать показателям качества, предусмотренным ГОСТ 5542-87, являются обоснованными и принимаются судом.

Поставщик обязан соблюдать те показатели качества газа, которые установлены государственными стандартами. Таковыми являются ГОСТ 5542-87 (газы горючие природные для промышленного и коммунального назначения), а также ГОСТ 22387.5-77 (газ для коммунально-бытового потребления). Постановлением Госстандарта РФ от 21 августа 2000 г. № 60 утверждены Правила проведения сертификации газа. Указанные Правила устанавливают процедуры проведения сертификации газа, поставляемого потребителям. Обязательная сертификация газа проводится во исполнение ст. 19 Федерального закона «О газоснабжении в РФ» органами по сертификации, аккредитованными в установленном порядке.

В литературе наряду с условиями о количестве, качестве энергии, давлении в качестве существенного называют условие по обеспечению надлежащего технического состояния и безопасности эксплуатируемых энергетических сетей, приборов и оборудования. Думается, необходимо последовательно различать условия договора, которые всегда согласуются сторонами договора, и условия обязательства (права и обязанности сторон), которые предопределяются императивными и диспозитивными нормами нормативных правовых актов. В частности, сроки поставки газа как условия договора, следует отличать от фактических действий сторон по поставке газа в надлежащие периоды, предусмотренные указанными условиями.

Согласно п. 8 Правил пользования газом и представления услуг по газоснабжению в Российской Федерации кроме технических условий на подключение к газотранспортной системе организации-потребители должны иметь газовое оборудование, соответствующее требованиям нормативной документации, включающей показатели энергоэффективности (ГОСТ, ТУ), иметь сертификаты системы ГОСТ и разрешение на применение, выданное в установленном порядке федеральным органом, специально уполномоченным в области промышленной безопасности.

Проекты газоснабжения должны предусматривать: а) использование сертифицированного энергоэффективного газоиспользующего оборудования, разрешенного к применению в порядке, установленном федеральным органом, специально уполномоченным в области промышленной безопасности; б) экономически обоснованное и технически возможное использование вторичных энергоресурсов; в) применение систем автоматического регулирования и контроля тепловых процессов; г) обеспечение учета и контроля расхода газа и продукции, вырабатываемой с использованием газа, в том числе

тепловой и электрической энергии; д) применение теплоизоляции ограждающих поверхностей агрегатов и теплопроводов согласно действующим нормам проектирования; е) обеспечение контроля температуры и состава продуктов сгорания газа; ж) сооружение резервного топливного хозяйства, если использование резервного (аварийного) топлива предусмотрено топливным режимом; з) применение газоиспользующего оборудования, приспособленного к работе на газе и на резервном (аварийном) топливе, если использование этого топлива предусмотрено топливным режимом (п. 14).

Организационно-технические действия некоторые авторы применительно к договору электроснабжения относят к предмету договора по осуществлению технологического присоединения к энергетическим сетям. Если техническое присоединение образует основной результат работы подрядчика, то в данном договоре такой результат следует признать в качестве предмета договора. Но именно результат работы подрядчика, а не сами действия, выполняемые в процессе исполнения комплекса работ по присоединению к сетям.

Изложенные аргументы дают основание сделать вывод, что организационно-технические действия сторон по обеспечению содержания и безопасности сетей, приборов и оборудования (которые не согласовываются, а исполняются) нельзя отнести к существенным условиям договора (которые всегда согласовываются) в традиционном понимании данной категории. Такие действия либо предшествуют заключению договоров в сфере энергоснабжения, в том числе газоснабжения, либо характеризуют обязанности потребителя энергии, относящиеся к стадии исполнения договорного обязательства. Следовательно, указанные действия являются организационно-техническими предпосылками заключения договора энергоснабжения либо составляют содержание договорных обязательств в сфере энергоснабжения. Существенные же условия любого договора составляют неотъемлемый элемент договора как юридического факта. Без определенности по существенным условиям невозможен и сам договор как особая юридическая конструкция.

Д.В. Носов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

О ПРАВОПРЕЕМСТВЕ В СЕМЕЙНОМ ПРАВООТНОШЕНИИ

Под правопреемством в праве необходимо понимать свойство правоотношений, представляющее собой не связанное с личностью субъекта правоотношения и не запрещенное законодательством изменение субъектного состава правоотношения, при котором в порядке производного приобретения субъективных прав и (или) юридических обязанностей происходит их переход от одного лица (правопредшественника) к другому лицу (правопреемнику) в отношении одного и того же объекта правоотношения. Для правопреемства характерно изменение субъекта правоотношения путем его замены другим субъектом, обладающим необходимым для участия в правоотношении объемом правоспособности, что влечет за собой изменение правоотношения. Правопреемство является одной из стадий динамики правоотношения.

Исходя из указанного определения правопреемства, в некоторых группах правоотношений невозможно напрямую выделить правопреемство. Так, например, в семейных правоотношениях в силу их личного характера выделить правопреемство достаточно трудно. Дело в том, что семейные правоотношения возникают из сложного фактического состава: из факта регистрации брака в органах записи актов гражданского состояния, при наличии волеизъявления лиц, желающих вступить в брак, а также при наличии обстоятельств, обуславливающих возможность вступления в брак (достижение брачной правоспособности), и отсутствии обстоятельств, препятствующих вступлению в брак (родства, другого зарегистрированного брака). Необходимо отметить, что ст. 2 Семейного кодекса Российской Федерации (далее – СК РФ) выделяет не только правоотношения, связанные с регистрацией брака, но и иные правоотношения, регулируемые нормами семейного права. К числу таких отношений, в частности, относятся личные неимущественные и имущественные отношения между членами семьи: супругами, родителями и детьми (усыновителями и усыновленными), между другими родственниками и иными лицами; а также отношения по определению формы и порядка устройства в семью детей, оставшихся без попечения родителей.

В науке семейного права возникла дискуссия о том, может ли заменяться субъект в семейном правоотношении и соответственно возможно ли правопреемство в таких правоотношениях. Отдельные авторы прямо отказывают в возможности изменения субъекта семейного правоотношения. Так, по мнению М.Т. Оридороги, в брачном правоотношении может меняться только содержание¹. С этим выводом соглашается и Л.М. Пчелинцева, которая полагает, что «для семейных отношений характерны строгая индивидуализация их участников, их незаменимость в данных отношениях другими лицами, в том числе и иными членами семьи, и как следствие этого, неотчуждаемость семейных прав и обязанностей»... При этом «семейные права и обязанности являются «внеоборотными», не передаваемыми ни в порядке универсального правопреемства, ни по соглашению сторон, т.е. их нельзя продать, подарить, завещать, уступить другому лицу»². Таким образом, основываясь на положениях, высказываемых указанными учеными, можно сделать вывод о том, что, поскольку семейное правоотношение тесно связано с личностью субъекта правоотношения, замена субъекта в семейном правоотношении немыслима. В случае выбытия из брачного правоотношения одного из субъектов правоотношения полностью прекращается.

Вместе с тем В.И. Данилин и С.И. Реутов высказывают мнение о том, что изменение семейных правоотношений может происходить по двум линиям: по линии субъектов правоотношений (т.е. изменение может касаться субъектов права или субъектов обязанности), по линии содержания прав и обязанностей сторон правоотношения (расширение или сужение прав и обязанностей)³. Таким образом, ими признается возможность замены субъектов в семейном правоотношении. Однако механизм такой замены остается неясным.

С утверждением о том, что в семейном правоотношении субъект правоотношения не может заменяться, можно было бы полностью согласиться, если бы семейное право регулировало только отношения лиц по поводу вступления в брак, а также личные неимущественные и имущественные отношения между членами семьи, так как все эти отношения являются личными. Однако семейным правом также определяются формы и порядок устройства в семью детей, оставшихся без попечения родителей, – и это уже не личные неимущественные правоотношения, а такие правоотношения, которые могут трансформироваться не только путем изменения содержания, но и путем замены одного из субъектов такого правоотношения. Такая ситуация стала возможна в связи с принятием Федерального закона от 24.04.2008 №49-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “Об опеке и попечительстве”», в соответствии с которым в семейном праве появилась особая категория субъектов семейного правоотношения: образовательные организации, медицинские организации, организации, оказывающие социальные услуги, или некоммерческие организации, деятельность которых связана с устройством детей, оставшихся без попечения родителей. Все указанные организации являются коллективными субъектами соответствующих семейных правоотношений. Они могут изменять свой статус в соответствии с нормами, предусмотренными гражданским законодательством о реорганизации юридических лиц. Так, в случае принятия соответствующим компетентным органом организации, в которую переданы дети, оставшиеся без попечения родителей, решения о реорганизации, должно произойти правопреемство не только во всех гражданских правоотношениях такой организации ее правопреемником, но и правопреемство во всех остальных видах правоотношений, в которых участвует такая организация, в том числе и в семейно-правовых по устройству детей, оставшихся без попечения родителей. Такая ситуация и будет являться примером правопреемства в семейном правоотношении. Причем это будет так называемое универсальное правопреемство, т.е. замена субъекта во всех правоотношениях.

Ответ на вопрос о возможности сингулярного правопреемства в семейном правоотношении законодательство Российской Федерации на сегодняшний день не дает. В нормах СК РФ, регулирующих порядок передачи детей, оставшихся без попечения родителей, названным выше организациям, ничего не говорится о возможности и порядке передаче таких детей из одной организации в другую, обладающую тем же статусом. Именно такая ситуация могла бы описать сингулярное правопреемство. Скорее всего, это сделано специально, так как в данном случае дети, оставшиеся без попечения родителей, становились бы своеобразным объектом, передаваемым от одной организации к другой, что недопустимо.

Необходимо отметить, что к имущественным отношениям, возникающим в процессе брака и в случае его расторжения, в совокупности применяются нормы и семейного, и гражданского права, поэтому в случае правопреемства в имущественных правоотношениях с участием субъектов семейных

правоотношений должны использоваться нормы гражданского права как отрасли права, регулирующей имущественный оборот.

Таким образом, в семейных правоотношениях можно выделить только универсальное правопреемство одного из субъектов семейного правоотношения – организации, осуществляющей деятельность по устройству детей, оставшихся без попечения родителей.

¹ Оридорога М.Т. Брачное правоотношение. Киев, 1971. С. 21.

² Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2007. С. 19.

³ Данилин В.И., Реутов С.И. Юридические факты в советском семейном праве. Свердловск: Изд-во Урал. ун-та, 1989. С. 48.

А.В. Пермяков

Тюменская государственная академия мировой экономики, управления и права, г. Тюмень

БЕЗВЕСТНОЕ ОТСУТСТВИЕ ГРАЖДАНИНА КАК ВИД ПРАВОВОГО СОСТОЯНИЯ

Конструкция безвестного отсутствия гражданина введена в гражданско-правовой оборот еще в римском праве. Впоследствии она утвердилась в законодательстве иных исторических периодов для целей устранения правовой неопределённости при «надломленности» гражданско-правовых связей между субъектами в случае длительного отсутствия сведений о гражданине в месте его постоянного жительства. Наибольший академический задел по теме был создан в советской цивилистике (Г.Н. Амфитеатров, О.С. Иоффе, Ю.А. Попова, Е. Прянишников, М.Г. Стучинский, А.К. Юрченко), благодаря которому законодатель смог сформировать критерии безвестного отсутствия и правовые последствия установления такого состояния в статусе отсутствующего физического лица.

Для всех как исторических, так и современных взглядов (А.Н. Агуреев, Р.В. Ихсанов, А.В. Ластовка и др.) не характерен подход к этому виду состояния *как к юридическому факту*, с которым гражданское право связывает соответствующие правовые последствия. Как ранее, так и сейчас, более привычен анализ и оценка процессуально-процедурных моментов, связанных с указанным состоянием. В то время как определение должного места состояния безвестного отсутствия в механизме гражданско-правового регулирования не проводится. На наш взгляд, есть теоретические и законодательные основания для утверждения о том, что безвестное отсутствие гражданина – это юридический факт, носящий длящийся характер и способный неоднократно вызывать наступление различных правовых последствий, не исчерпываясь однократным актом правового воздействия.

Для обоснования нашей позиции проанализируем правовую природу безвестного отсутствия с выделением тех признаков, которые позволяют относить его к юридическому факту-состоянию.

В соответствии со ст. 42 ГК РФ гражданин может быть по заявлению заинтересованных лиц признан судом безвестно отсутствующим, если в течение года в месте его жительства нет сведений о месте его пребывания. Бесспорным в оценке указанной нормы является то обстоятельство, что само безвестное отсутствие гражданина являет собой юридический факт, наступление которого самостоятельно или в совокупности с другими юридическими фактами может повлечь за собой наступление тех или иных правовых последствий. В частности, ему свойственны нормативные признаки юридического факта. Так, безвестное отсутствие предусмотрено нормами гражданского права (статьи 42–44 ГК РФ).

Признание факта безвестного отсутствия возможно в установленном законом процедурно-процессуальном порядке. В главе 30 ГПК РФ, помещенной в подраздел «Особое производство», чьи нормы посвящены установлению конкретных юридических фактов, закреплена процедура признания гражданина безвестно отсутствующим. Установление судом факта безвестного отсутствия гражданина влечет за собой наступление соответствующих правовых последствий (п. 1 ст. 43, п. 6 ч. 1 ст. 188 ГК РФ; п. 2 ст. 19 СК РФ, п. 1 ч. 1 ст. 19 Закона Российской Федерации от 26 июня 1992 г. №3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» и др.). То есть присвоение гражданину на основании решения суда состояния безвестно отсутствующего обладает значимым «составообразующим действием», поскольку участвует в динамике многих правоотношений, активно формирует статус субъектов гражданского права.

Безвестное отсутствие опосредуется фактическим отсутствием гражданина по месту его посто-

янного жительства или преимущественного проживания. Иначе говоря, для признания гражданина безвестно отсутствующим необходимо фактическое состояние его отсутствия в течение установленного законом периода. Это состояние находит своё выражение во вне в виде «обрыва» всех фактических связей гражданина с иными лицами, оставлении имущества без сохранности (как следствие, появления бесхозных вещей), фактическом исчезновении гражданина и т. п. и, по сути, несёт в себе информацию о «надломлении» общественных отношений, участником которых выступал отсутствующий гражданин. Такое состояние требует фиксированности в силу того, что связано с наступлением правовых последствий, неопределенность которых должна быть минимизирована за счет присвоения фактически отсутствующему гражданину правового состояния безвестно отсутствующего. В итоге признанное судом состояние правового отсутствия гражданина будет выступать в качестве главного, основного элемента всей той правовой цепочки, где оказывается юридически значимым уже не факт его присутствия, а факт отсутствия. Все иные факты, значимые в момент присутствия, перейдут в разряд вспомогательных, обслуживающих и обретут тем самым факультативное значение. В этом юридический эффект такого правового состояния как безвестное отсутствие.

Как видно, состояние безвестного отсутствия не способно «перерасти» в гражданские правоотношения. Оно выступает только как юридический факт, не обладает определенным содержанием, выражающимся в правах и обязанностях тех или иных лиц, и, как правило, не обуславливает собой связь между двумя и более лицами. Функционал этого состояния исчерпывается влиянием на существующие гражданские правоотношения: в целях устранения сложившейся в силу надломленности гражданско-правовой связи между субъектами неопределенности лицо может быть признано безвестно отсутствующим, что, как указывается выше, влечёт за собой наступление гражданско-правовых последствий. С момента установления состояния безвестного отсутствия лица сложившиеся к этому моменту гражданские правоотношения изменяются. Тем самым состояние безвестного отсутствия не способно быть рассмотренным с аспекта гражданского правоотношения, так как оно не содержит в себе права и (или) обязанности тех или иных лиц. Оно не склонно к движению по цепочке механизма гражданско-правового регулирования в направлении гражданского правоотношения, так как не способно перерасти в гражданское правоотношение в силу самой природы. Его внутреннее содержание невозможно расширить путём установления в нём межсубъектной связи, выражающейся через субъективные права и юридические обязанности.

Наряду с такими состояниями как заблуждение, обман, нетрудоспособность, безвестное отсутствие, возможно отнести к фактам-состояниям. Это состояние, как и поименованные выше, не является ни событием, ни действием, а представляет собой иное явление действительности, способное «накапливать» со временем признаки, совокупность которых делает возможным и необходимым правовое регулирование отношений, им вызванных. При этом безвестное отсутствие одного и того же гражданина способно выступать в качестве юридического факта во множестве проявлений действительности и не погашаться в каждом из них, а продолжать существовать. Так, к примеру, признание судом гражданина безвестно отсутствующим может одновременно являться основанием для заключения договора доверительного управления имуществом при наличии решения суда (п. 1 ст. 43 ГК РФ) и прекращения договоров поручения (п. 1 ст. 977 ГК РФ), комиссии (ст. 1002 ГК РФ), простого товарищества (п. 1 ст. 1050 ГК РФ) и т. д. Состояние безвестного отсутствия как юридический факт может быть основанием для признания гражданина умершим в случае, если в месте его жительства нет сведений о месте его пребывания в течение пяти лет (п. 1 ст. 45 ГК РФ).

Длительность безвестного отсутствия как юридического факта заранее предусмотреть невозможно. Безвестное отсутствие прекращается в случае явки или обнаружения места пребывания гражданина, признанного безвестно отсутствующим (ст. 44 ГК РФ), что может произойти в любой момент времени. В этом случае суд новым решением переводит гражданина из состояния безвестно отсутствующего в состояние лица явившегося. Такое состояние влечет за собой новые правовые последствия (отмена управления имуществом гражданина, аннуляция записи о смерти в книге государственной регистрации актов гражданского состояния и т. д.).

Исходя из этого состояние безвестного отсутствия следует отнести к виду правовых состояний, которые, наряду с действиями и событиями, выступают одной из разновидностей юридических фактов и которым пока в гражданско-правовой науке отведено совсем незначительное место.

ПРИНЦИП БАЛАНСА ИНТЕРЕСОВ В ПРАКТИКЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ

Одной из метаидей, лежащих в основе большинства правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации (КС РФ), является идея баланса интересов. По данным справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» на 24.05.2012 г., словосочетание «баланс интересов» встречается в актах КС РФ 555 раз. Это неслучайно, так как на необходимость соблюдения справедливого баланса между противостоящими интересами нередко ссылается и Европейский Суд по правам человека¹, решения которого являются для нашей страны обязательными.

Принцип «соблюдения баланса интересов всех лиц, участвующих в правоотношениях», по мнению КС РФ, вытекает из статей 17, 19 и 55 Конституции РФ². Следует отметить, что КС РФ обращается к принципу баланса интересов как при рассмотрении публично-правовых споров (баланс частных и публичных интересов), так и частно-правовых споров (баланс интересов частных субъектов). Проанализируем основные правовые позиции КС РФ о балансе интересов субъектов частноправовых отношений.

В рамках вещных правоотношений одним из наиболее острых вопросов является баланс интересов собственника и добросовестного приобретателя. Абсолютный приоритет в защите собственника подходит лишь для очень неразвитого гражданского оборота и практически невозможен при развитии товарообмена. Вместе с тем отсутствие защиты собственника также может обречь оборот на неподвижность, так как лишит потенциальных инвесторов стимула вкладывать деньги при отсутствии сколько-нибудь весомых гарантий собственности. Как указал КС РФ, «защита права собственности и иных вещных прав ...должна осуществляться на основе соразмерности и пропорциональности, с тем чтобы был обеспечен баланс прав и законных интересов всех участников гражданского оборота – собственников, сторон в договоре, третьих лиц»³.

Должен быть обеспечен и баланс интересов участников общей долевой собственности. В частности, на обеспечение баланса их интересов, по мнению КС РФ, направлены нормы п. 3 ст. 245, п. 1 ст. 246, п. 2 ст. 247, п. 4 ст. 252 ГК РФ⁴.

Баланс интересов должен обеспечиваться и при принудительном изъятии имущества у его собственника. Так, рассматривая конституционность пункта 3 статьи 21 Федерального закона от 26.09.1997 №125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях»⁵, КС РФ отметил: «...при передаче религиозным организациям находящегося в государственной или муниципальной собственности имущества религиозного назначения должны обеспечиваться конституционные гарантии лицам, владеющим этим имуществом на законных основаниях, с тем чтобы соблюдался баланс прав и интересов религиозных организаций и владельцев имущества»⁶.

В сфере патентных прав, как указал КС РФ, анализируя еще Патентный закон, «в целях обеспечения баланса интересов всех участников технического и научного творчества на законодательном уровне, с одной стороны, закрепляются гарантии защиты исключительного права патентообладателя в отношении защищенного патентом изобретения, а с другой стороны, предусматривается право преждепользования и возможность признания патента недействительным в течение всего срока его действия (статьи 12 и 29 Патентного закона Российской Федерации)»⁷.

Различные аспекты обеспечения баланса интересов сторон корпоративных правоотношений не раз были предметом рассмотрения в Конституционном Суде РФ. Так, КС РФ указал: «Поскольку в процессе предпринимательской деятельности акционерного общества могут сталкиваться интересы кредиторов и акционеров, акционеров и менеджмента, акционеров – владельцев крупных пакетов акций и миноритарных акционеров, одной из основных задач законодательства об акционерных обществах является обеспечение баланса их законных интересов с учетом того, что Конституция Российской Федерации закрепляет принцип, согласно которому осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц (статья 17, часть 3)»⁸. Достижению баланса интересов, по мнению Конституционного Суда РФ, способствует, в частности, предоставление акционерам права на доступ к документам общества⁹, обязанность лица, которое приобрело более 30 процентов общего количества акций ОАО, направить иным акционерам общества предложение о выкупе акций¹⁰ и т.д.

Вышеизложенное свидетельствует о том, что обеспечение баланса интересов участников правоотношений – одна из основных задач судебной системы. Законодательство, как показывает анализ проекта Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹¹, также модернизируется в этом направлении.

¹ Постановление Европейского суда по правам человека от 09.06.2005 г. «Дело «Фадеева (Fadeyeva) против Российской Федерации» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2006. №3. С. 4–35.

² См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 28.01.2010 г. №2-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2010. №3.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 21.04.2003 г. №6-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2003. №3. С. 56.

⁴ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 16.03.2006 г. №80-О; Определение Конституционного Суда РФ от 17.12.2009 г. №1590-О-О; Определение Конституционного Суда РФ от 19.02.2009 г. №102-О-О; Определение Конституционного Суда РФ от 19.10.2010 г. №1321-О-О; Определение Конституционного Суда РФ от 23.09.2010 г. №1156-О-О; Определение Конституционного Суда РФ от 22.04.2010 г. №470-О-О [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ Российская газета. №190. 1 окт. 1997.

⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 23.05.2006 г. №145-О [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 04.12.2007 г. №966-О-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2008. №2. С. 73.

⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 24.02.2004 г. №3-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. №2. С. 37–38.

⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 18.01.2011 г. №8-О-П // Собрание законодательства РФ. 21.02.2011. №8. Ст. 1202.

¹⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 06.07.2010 №929-О-О [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹¹ URL: <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/44088.html> (дата обращения: 18.04.2012).

С.И. Реутов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

РАЗДЕЛ ОБЩЕГО ИМУЩЕСТВА СУПРУГОВ ПО ИХ ВЗАИМНОМУ СОГЛАСИЮ

Супруги имеют право произвести раздел их общего имущества в период брака, при его расторжении, а также после развода. Раздел совместно нажитого имущества супругов регулируется следующими правовыми нормами и нормативными актами: ст. 254 ГК РФ, статьи 38, 39, 45, 46 СК РФ, Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 5.11.1998 г. №15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака».

При отсутствии разногласий по поводу совместно нажитого имущества супруги могут самостоятельно заключить соглашение о разделе общего имущества. Возможность заключения такого соглашения предусмотрена п. 2 ст. 38 СК РФ. Такое соглашение является гражданско-правовой сделкой, в результате которой общее имущество супругов становится личной (раздельной) собственностью одного из них. В соответствии с нормами гражданского законодательства (ст. 159–161 ГК РФ) стороны сами могут выбрать нужную с их точки зрения форму такого соглашения. По желанию супругов соглашение о разделе их общего имущества может быть нотариально удостоверено.

Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 5 ноября 1998 г. (п. 15 и 16) указал на то, что общей совместной собственностью супругов, подлежащей разделу, является любое нажитое ими в период брака движимое и недвижимое имущество, независимо от того, на имя кого из супругов оно было приобретено или внесены денежные средства, если брачным договором между ними не установлен иной режим этого имущества. Раздел общего имущества производится по правилам, установленным ст. 38, 39 СК РФ и ст. 254 ГК РФ. При этом стоимость имущества, подлежащего разделу, определяется на время составления соглашения. Не подлежит разделу имущество, приобретенное до брака, имущество, полученное одним из супругов в период брака в дар, по наследству, в порядке приватизации. Не относятся к совместно нажитому имуществу и не подлежат разделу вещи, приобретенные для удовлетворения потребностей детей, а также вклады, внесенные на имя совместных несовершеннолетних детей.

Соглашение о разделе имущества вступает в силу с момента его подписания сторонами. В том же случае, если в составе имущества, подлежащего разделу, есть имущество, сделки с которым подлежат государственной регистрации (земельный участок, квартира, гараж, дача), то договор о разделе общего имущества вступает в силу с момента такой регистрации. Не требует государственной регистрации соглашение о разделе общего имущества супругов, если имущество переходит в собственность того супруга, на которого оно оформлено.

Супруги могут разделить как все имущество, являющееся их общей совместной собственностью, так и отдельные объекты. Важно и то, что раздел имущества может быть произведен в любое время, пока брак существует¹. Заключение такого соглашения можно также в любое время после прекращения брака², тогда как для обращения в суд общий срок исковой давности – 3 года. Следует иметь в виду, что в соответствии с разъяснениями Пленума Верховного Суда РФ (п. 19) срок исковой давности в этом случае следует исчислять не со времени прекращения брака, а со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права (п. 1 ст. 200 ГК).

В состав имущества, подлежащего разделу, включается общее имущество супругов, имеющееся у них в наличии либо находящееся у третьих лиц. При разделе в составе имущества учитываются также общие долги супругов (ст. 39 п. 3 СК РФ) и права требования по обязательствам, возникшим в интересах семьи. Если соглашение о разделе имущества супругов содержит положения о распределении общих долгов, то в этом случае в тексте документа следует указать размер долгов и основания их возникновения. В противном случае впоследствии супруги могут выступать солидарно в качестве соответчиков, если к одному из них будет предъявлен иск о взыскании долга.

Соглашение о разделе общего имущества супругов направлено на прекращение режима общей совместной собственности и возникновение режима раздельной собственности каждого из супругов на часть или на все имущество, приобретенное ими в период совместной жизни. При заключении соглашений такого рода возможно возникновение режима общей долевой собственности на неделимые объекты³.

При заключении соглашения о разделе общего имущества супругов необходимо учитывать следующие требования:

Имущество супругов можно делить только после предварительного выделения доли каждого из супруга в праве общей собственности согласно п. 1 ст. 254 ГК РФ;

Стоимость имущества, подлежащего разделу, определяется по рыночной стоимости на время раздела (п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.11.1998 г.). Супруги могут не привлекать профессионального оценщика и оценить имущество сами. Если соглашение удостоверяется у нотариуса, то он должен разъяснить супругам, какие негативные последствия могут наступить⁴.

При определении долей супругов в их общем имуществе прежде всего следует руководствоваться принципом равенства долей супругов в их общем имуществе, если иное не предусмотрено договором между супругами (п. 1 ст. 39 СК РФ).

При наличии соглашения имущество делится в соответствии с этим соглашением.

Стороны договариваются о том, какой состав имущества достанется каждому из них. Если одному из супругов передано имущество большее по стоимости, чем его доля, в соглашении следует предусмотреть обязанность другого супруга уплатить компенсацию. Супруги могут поделить имущество и в иной пропорции. Анализ п. 1 ст. 39 СК РФ показывает, что основанием для изменения принципа равенства долей супругов в общем имуществе может быть: соглашение о разделе общего имущества супругов, соглашение об определении долей в общем имуществе и брачный договор. В принципе супруги могут заключить соглашение о разделе общего имущества, по которому все имущество перейдет в собственность одного из них.

Если говорить о судебной процедуре раздела общего имущества супругов, то п. 2 ст. 39 СК РФ предусматривает исключения из общего правила об определении долей супругов. И вместе с тем, чтобы избежать судебных споров в будущем, на наш взгляд, при составлении соглашения о разделе общего имущества лучше всего такое соглашение нотариально удостоверить. При этом, если доли супругов в соглашении устанавливаются неравными, целесообразно в документе указать мотивы, по которым супруги отступают от принципа равенства. Кроме того, следует супругам разъяснить правила ст. 34 СК РФ. Следует также иметь в виду, что отступление от принципа равенства долей супругов не должно нарушать интересы третьих лиц. Например, в период брака супруги приобрели в кредит квартиру, которая была оформлена на жену. В соглашении о разделе общего имущества супруги могут передать квартиру в собственность мужа с возложением на него обязательства по погашению оставшейся суммы долга. Права кредитора не будут нарушены, если помимо соглашения о разделе

общего имущества супругов стороны в установленном порядке получают письменное согласие кредитора (коммерческого банка) на переоформление кредитного договора (п. 1 ст. 391 ГК РФ).

Следует иметь в виду, что супруги, не заключившие ранее брачного договора, могут заключить соглашение о разделе общего имущества. В такой ситуации право совместной собственности не прекращается, а происходит раздел имущества (части имущества), нажитое к моменту раздела. Что касается имущества, которое будет приобретаться супругами в будущем, после раздела, то на это имущество будут распространяться правила, касающиеся законного режима имущества супругов⁵.

Соглашение о разделе имущества супругов может быть заключено как лично, так и представителями супругов по доверенности. В этом случае в доверенности следует указать все существенные условия будущего соглашения.

Подлежит ли разделу имущество, приобретенное в период совместного проживания лицами, состоящими в фактических брачных отношениях? Закон не запрещает таким лицам производить раздел имущества. Однако при совершении раздела имущества не могут применяться положения Семейного кодекса, предполагающие равенство долей участников раздела. Имущественные отношения супругов будут регламентироваться нормами Гражданского кодекса об общей долевой собственности. По общему правилу в таких ситуациях имущество (например, недвижимое имущество) считается собственностью того, на чье имя оно зарегистрировано. Фактический супруг может претендовать на имущество, зарегистрированное на другого фактического супруга. Для этого ему следует доказать потраченные суммы на приобретение имущества. Только в этом случае соответствующие доказанные в суде суммы можно взыскать с противоположной стороны.

По российскому законодательству права и обязанности супругов порождает лишь брак, зарегистрированный в органах ЗАГС (ст. 1 СК РФ). По данным последней переписи населения (2010 г.) число супружеских пар составило 33 млн (согласно данным переписи 2002 г. – 34 млн). Из общего числа супружеских пар 4,4 млн (13%) состояли в незарегистрированном браке (в 2002 г. – 3,3 млн). В нашей стране фактический брак неосновательно подвергнут дискриминации. Мы считаем, что незарегистрированные браки не могут находиться вне правового регулирования, так как сложившаяся на их основе семья характеризуется теми же признаками, что и семья, созданная на основе брака, и выполняет аналогичные функции⁶. Наша страна, не признавая фактических брачных отношений тем самым нарушает права и свободы своих граждан. Подтверждением тому служит, в частности, решение Европейского суда по правам человека по жалобе российской гражданки М.С. Прокопович против Российской Федерации⁷. Фактические супруги могут заключать соглашения об имуществе, соглашения о разделе имущества, приобретенного в период их совместной жизни. Практика свидетельствует, что такого рода соглашения заключаются крайне редко. Это приводит к тому, что наступают нежелательные правовые последствия, прежде всего имущественного характера, при разрыве семейных связей, в случае смерти одного из фактических супругов.

Спорным в теории и практике является вопрос о возможности включения доли в праве общей собственности на имущество, принадлежащей пережившему супругу, в наследственную массу после смерти другого супруга, хотя бы и с согласия пережившего супруга. Ученые-юристы утверждают, что эта доля не входит в состав наследства. Эта доля не переходит к пережившему супругу, как к наследнику, и принадлежит ему как до, так и после открытия наследства в виде доли в праве общей совместной собственности⁸. Подобную позицию занимают многие нотариусы⁹. Мы полагаем, что следует законодательно закрепить право пережившего супруга заявлять об отсутствии его доли в праве собственности на совместно нажитое имущество, учитывая при этом, что он может отказаться от своей доли в наследстве, от права на обязательную долю в наследстве¹⁰. Следует отметить, что к такому же мнению пришел Верховный суд РФ. В п. 33 постановления Пленума Верховного Суда РФ №9 от 29 мая 2012 г. закреплено: «переживший супруг вправе подать заявление об отсутствии его доли в имуществе, приобретенном во время брака. В этом случае все это имущество входит в состав наследства».

Согласно российскому законодательству к совместной собственности супругов относятся, в том числе ценные бумаги, паи, вклады, доли в капитале, внесенные в кредитные учреждения или в иные коммерческие организации. Однако на практике возникают большие трудности (иногда они практически не разрешимы) при разделе имущества, нажитого в браке, в виде долей в уставном капитале компаний, особенно если имущество оформлено на трастовые, офшорные компании. Получение ценной информации о конечных бенефициарах зачастую затруднено местным законодательством иностранных компаний. Кроме того, законодательство ряда государств (оффшорных зон) непосредственно запрещает разглашать информацию о трастах. Так, при расторжении брака и разделе имущества супругов Абрамович жена олигарха рассчитывала отсудить половину семейного имущества.

Бракоразводный процесс начался в Великобритании. По местным законам дети (а их у супругов пятеро) могут рассчитывать до 50% доходов родителей. В итоге дело закончилось мировым соглашением. Якобы Р. Абрамович согласился выплатить жене 300 млн долл. плюс 100 тыс. долл. на детей ежемесячно. По словам А.В. Добровинской, «сумма мирового соглашения даже близко не стояла с половиной стоимости имущества, нажитого в браке с лицом, которое является миллиардером»¹¹. Без всякого сомнения, супруга олигарха имеет право на долю в общей совместной собственности супругов. Как правило, супруги олигархов вряд ли обладают сведениями о том, какими компаниями владеет супруг, какие акции, доли в уставном капитале ему принадлежат. И даже в том случае, если судебный спор о разделе имущества для супруги разрешился благополучно, исполнить такое решение почти невозможно. Это невозможно сделать по причине того, что наше законодательство неприменимо в отношении иностранных компаний, особенно в тех случаях, когда речь идет о покупке или продаже долей в уставном капитале. К тому же при проживании супруга за границей его имущество надежно спрятано.

Полагаем, что надежным средством защиты прав супруги может быть своевременное составление грамотного брачного договора. Следует согласиться с предложением о том, что целесообразно закрепить в Семейном кодексе правило, согласно которому супруги вправе указать в брачном договоре порядок отчуждения долей в уставном капитале коммерческих организаций. Поэтому если в договоре указано, что супруги совместно распоряжаются данным имуществом, тогда необходимо для совершения подобной сделки должным образом оформленное согласие другого супруга¹².

¹ Нечаева А.М. Семейное право. Курс лекций. М.: Юрист, 1998. С. 135.

² Чефранова Е.А. Имущественные отношения супругов: науч.-практ. пособие. М.: Эксмо. 2008. С. 190.

³ Чефранова Е.А. Указ. соч. С. 191.

⁴ Коровин Е.В. Имущественные отношения в семье // Нотариальный вестник. 2006. №3. С. 53.

⁵ Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут. 2006. С. 119.

⁶ Реутов С.И. Права супруга, бывшего супруга, фактического супруга при наследовании. // Вестник Перм. ун-та. Юридические науки. 2009. Вып. 2 (4). С. 123–124.

⁷ Косарева И.А. Международное, зарубежное и российское право о статусе лиц, состоящих в фактических супружеских отношениях // Семейное и жилищное право. 2009. №1. С. 3.

⁸ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Ч. третья / под ред. А.П.Сергеева. М., 2006. С. 102.

⁹ Крайнова Т.К. Выдача свидетельства о праве собственности на долю в общем имуществе супругов // Нотариальный вестник. 2007. №3. С. 41.

¹⁰ Реутов С.И. Права супруга, бывшего супруга, фактического супруга при наследовании // Вестник Перм. ун-та. Юридические науки. 2009. Вып. 2 (4). С. 120.

¹¹ Добровинская А.В. Корпоративное право: учеб. пособие. М., 2012. С. 597.

¹² Добровинская А.В. Цит. соч. С. 604.

Е.В. Рудакова

Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, г. Москва

ОБЗОР ИЗМЕНЕНИЙ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ПО ДОГОВОРАМ ЗАЛОГА И ЗАЙМА

Последние изменения в законодательство о залоге были внесены Федеральным законом от 06.12.2011 г. №405-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования порядка обращения взыскания на заложенное имущество», вступившим в силу 7 марта 2012 г.

Указанный закон внес изменения в ряд законодательных актов, регулирующих залоговые отношения, в частности, в вопросы обращения взыскания на заложенное имущество. Были внесены изменения в Федеральный закон от 29 мая 1992 г. №2872-1 «О залоге», в Федеральный закон от 02.10.2007 №229-ФЗ «Об исполнительном производстве», значимые изменения в часть 1 Гражданского Кодекса РФ, изменения в Федеральный закон от 21 июля 1997 г. №122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», дополнения в Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. №14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью».

Кратко рассмотрим изменения в части 1 Гражданского кодекса.

Текст ГК РФ дополнен правом сторон предусмотреть в договоре о залоге условия о порядке реализации по решению суда заложенного имущества и (или) о возможности обращения взыскания на заложенное имущество *во внесудебном порядке*.

Введено дополнение, касающееся заключения договоров ипотеки, а также договоров, влекущих за собой возникновение ипотеки в силу закона и содержащих условие об обращении взыскания на заложенное имущество *во внесудебном порядке*.

Статьи 348, 349 значительно изменились, внесены изменения, касающиеся порядка обращения взыскания на заложенное имущество. В том числе: 1) обращение взыскания на заложенное имущество осуществляется по решению суда, если соглашением залогодателя и залогодержателя не предусмотрено обращение взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке; 2) удовлетворение требования залогодержателя за счет заложенного имущества во внесудебном порядке допускается на основании соглашения залогодателя и залогодержателя, если иное не предусмотрено законом; 3) договор залога, содержащий условие об обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке или условие о порядке реализации заложенного имущества на основании решения суда, может предусматривать способ либо несколько способов реализации заложенного имущества, которые залогодержатель вправе использовать по своему усмотрению; 4) если договор о залоге, содержащий условие об обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке, удостоверен нотариально, в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного залогом обязательства допускается обращение взыскания на предмет залога по исполнительной надписи нотариуса без обращения в суд в порядке, установленном законодательством о нотариате и об исполнительном производстве. Закон, однако, не предусматривает заключения дополнительного соглашения к договору и включения в него условия о внесудебном порядке обращения взыскания. Известно, что дополнительное соглашение является неотъемлемой частью договора и договор действует в редакции дополнительного соглашения, если таковое имеется. Более того, в Законе нет и прямого запрета на использование процедуры дополнительного соглашения. Сложно судить, является ли это упущением законодателя или же было сделано намеренно. Подобное положение раскрывается, однако, в законе «О залоге».

1. Договор займа.

Проект федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», вносимый Президентом РФ, внес некоторые изменения в отношения, возникающие из **договора займа**. Существенно изменилась ст. 807, в которой дается определение договора займа.

В пункте 1 ст. 808 слова «не менее чем в десять раз установленный законом минимальный размер оплаты труда» законодатель предлагает заменить словами «десять тысяч рублей». В статью 809 введен п. 2, который говорит, что размер процентов за пользование суммой займа может быть установлен в договоре в твердой сумме (фиксированная процентная ставка) либо иным путем, позволяющим определить надлежащий размер процентов на момент их уплаты (плавающая процентная ставка). Ранее данного пункта не было.

Также договор займа предполагается беспроцентным, если в нем прямо не предусмотрено иное, в ряде случаев. В статье 810 п. 2 предлагают изложить в следующей редакции: «Если иное не предусмотрено договором займа, сумма беспроцентного займа может быть возвращена заемщиком досрочно. Сумма займа, предоставленного под проценты, может быть возвращена досрочно с согласия займодавца. Согласие займодавца не требуется, если заем предоставлен гражданину для целей, не связанных с осуществлением им предпринимательской деятельности».

Пункт 3 должен выглядеть следующим образом. Если иное не предусмотрено договором займа, сумма займа считается возвращенной в момент передачи ее займодавцу или **поступления** соответствующих денежных средств в банк, в котором открыт банковский счет займодавца. В пункте 2 ст. 811 слова «причитающимися процентами» заменяются словами «процентами, причитающимися на момент фактического возврата».

Статьи 815 и 816 признают утратившими силу, так как в ст. 807 говорится о том, что в качестве предмета займа могут быть использованы любые ценные бумаги, а не только вексель или облигация.

Пункт 3 ст. 817 предлагается дополнить новым абзацем, который говорит о том, что договор государственного займа может быть заключен также в **иных** формах, предусмотренных бюджетным законодательством. Тем самым расширяется список форм договора.

И, наконец, в п. 1 ст. 818 слово «имущества» исключается.

В заключение отметим, что данный законопроект вносит революционные изменения в гражданское законодательство, которое, казалось бы, если не совершенно, то уж точно лучше законодательства в иных отраслях права, более конкретизировано. Пожалуй, многие изменения действительно оправданы, некоторые из них призваны защитить права сторон договора. Однако есть и ряд бесполезных, на наш взгляд, изменений, носящих чисто характер редакторских правок текста. Законодатель, видимо, стремился более четко регламентировать процессы судопроизводства по некоторым вопросам. Насколько это получилось, покажет только время и практика разрешения споров, пока же законопроект остается только проектом и еще пройдет немало времени, пока он вступит в законную силу.

В.Д. Рузанова

Самарский государственный университет, г. Самара

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ИЕРАРХИЧНОСТИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ СИСТЕМЫ

В литературе понятие иерархии рассматривается в самых различных аспектах: как в качестве самостоятельной категории, так и в связи с исследованием других системных понятий.

В общей теории систем общепринятым является мнение о том, что система построена по принципу иерархичности. Так, И.В. Блауберг и Э.Г. Юдин рассматривают наличие у системы внутренней иерархии в качестве ее значимой характеристики, состоящей в том, что подсистемы любого уровня могут быть представлены в виде блоков, которые детерминированы (управляемы) извне с целью достижения ими значимого для вышестоящей системы результата за счет достаточно большого числа степеней свободы¹.

Садовский В.Н., например, говорит о «принципе иерархичности и о принципиальной «иерархической организации любой системы», которая состоит в том, что «отдельные элементы системы представляют собой системы низшего порядка, и (или) рассматриваемая система выступает в качестве элемента системы более высокого порядка» или каждый элемент системы «в свою очередь, может рассматриваться как система, а сама исследуемая система представляет собой лишь один из компонентов более широкой системы»².

Причем в доктрине нередко выделяются так называемые уровни иерархии. В частности, Ю.Г. Марков, квалифицируя иерархию как тип структуры системных объектов, утверждает, что относительно обособленный объект, рассматриваемый в рамках более широкой системы, может трактоваться как уровень иерархии в этой последней системе³.

Если же вопрос об иерархии рассматривать через призму связей, то следует уже говорить и типах связей внутри системы. Так, Афанасьев В.Г. к специфическим связям (отношениям) целостных систем относит связи координации и субординации. «Координация, – пишет автор, – выражает пространственную упорядоченность по горизонтали. Здесь идет о взаимодействии компонентов одного уровня организации. Субординация же есть вертикальная упорядоченность, подчинение и соподчинение компонентов. Здесь уже речь идет о взаимодействии компонентов различных уровней»⁴.

Применительно к изучению правовых явлений, в частности законодательства, понятие иерархии используется довольно широко⁵. При этом исследование данного вопроса, как правило, проводится в связи с изучением такой важнейшей характеристики нормативного правового акта как его юридическая сила.

По справедливому утверждению Ю.А. Тихомирова, целостную систему нормативного регулирования выстроить довольно сложно, поскольку налицо «необозримость» действующих актов и правил, с одной стороны, хаотичность их образования и несогласованность между собой – с другой, и что забвение системного подхода к иерархическому построению права и законодательства приводит к нарушению последовательности в принятии разных правовых актов⁶.

Анализ правовых литературных источников позволяет утверждать, что относительно понятия «иерархия» нормативных актов вполне определенно сформировалось несколько направлений, отличающихся «разноплоскостностью». В самом общем виде иерархию нормативных актов можно обозначить как определенную их соподчиненность. Необходимо отметить, что в доктрине вопрос об иерархии актов всегда освещается как отражение (в той или иной степени) уровня компетенции (иерархии) издавших их правотворческих органов. Позиции ученых качественно различаются, что предопределено принципиально несовпадающим пониманием самого характера иерархической структуры законодательства: является ли такая структура одноуровневой или многоуровневой. При одноуровневом понимании иерархической структуры законодательства система государственных органов рассматривается в качестве единственного основания иерархической зависимости нормативных актов, проявляющейся в соответствии актов нижестоящих органов актам органов более высокого уровня. В этом случае, как правило, «иерархия» актов и их «юридическая сила» характеризуются как однопорядковые и одинаковые по объему правовые явления⁷.

Сторонники идеи «многоуровневого» иерархического строения законодательства предлагают несколько критериев соподчиненности актов. Различия в подходах здесь определяются, во-первых, различным «набором» указанных критериев и, во-вторых, различным пониманием места юридической силы нормативного акта в системе таких критериев. Первая точка зрения заключается в том, что юридической силе нормативного акта (понимаемой узко) отводится роль одного из критериев иерархической зависимости нормативных актов наряду с другими⁸. Вторая позиция состоит в выделении единственного критерия «многоуровневого» иерархического строения законодательства – юридической силы (понимаемой широко). «Многоуровневость» же строения законодательства, по мнению сторонников этого взгляда, в свою очередь, обеспечивается многофакторностью самой юридической силы. Такой подход, с нашей точки зрения, позволяет сформировать систему понятий, целостно отражающих принципиальные теоретические основы построения законодательства. В этой связи мы присоединяемся к высказанной в литературе идее о существовании двух видов иерархии нормативных правовых актов: вертикальной и горизонтальной⁹. Под вертикальной иерархией понимается соотношение нормативных правовых актов правотворческих органов различного уровня, а под горизонтальной – соотношение одноуровневых нормативных правовых актов. Кроме того, мы считаем, что об иерархии нормативных правовых актов следует говорить и в аспекте взаимодействия отраслевых и комплексных актов. Но при любом виде иерархии ее смысл как родового понятия остается единым, поскольку иерархия выражает не простое соотношение указанных актов, а их соподчиненность.

Возвращаясь к общей теории систем и говоря о преломлении ее через призму иерархичности законодательной системы, отметим следующее. Использование категорий указанной теории для изучения правовых явлений, в частности гражданско-правовой законодательной системы, должно базироваться на максимальном учете специфических особенностей правовой материи. Управление внутри законодательной системы строится на основе многофакторности различного рода влияний на взаимозависимость нормативных правовых актов и многообразии проявлений их соподчиненности. Как отмечалось, соподчиненность нормативных правовых актов строится на основе единого критерия – юридической силы акта, на которую, в свою очередь, оказывает влияние ряд факторов (правотворческая компетенция издавшего акт органа, определенные формальные признаки акта (кодификационные и некодификационные акты) и др.). Иерархия таких уровней гражданско-правовой законодательной системы как законы и иные правовые акты базируется исключительно на иерархии издавших их правотворческих органов, соподчиненность же внутри законов определяется как юридической силой Гражданского кодекса Российской Федерации, так их принадлежностью к отраслевым или комплексным актам.

¹ См.: Блауберг И.В., Юдин Э.Г. Становление и сущность системного подхода. М.: Изд-во «Наука», 1973. С. 188.

² См.: Садовский В.Н. Основания общей теории систем. Логико-методологический анализ. М.: Изд-во «Наука», 1974. С. 19, 174, 233.

³ См.: Марков Ю.Г. Функциональный подход в современном научном познании. Новосибирск: Изд-во «Наука». Сибирское отделение, 1982. С. 41–43, 46, 49–51.

⁴ Афанасьев В.Г. Системность и общество. М.: Политиздат, 1980. С. 115.

⁵ Отметим, что мы различаем понятия «законодательство» и «законодательная система», однако в рамках настоящей работы мы будем их использовать в качестве синонимов.

⁶ См.: Тихомиров Ю.А. Нормативное регулирование: взлет или кризис? // Журнал российского права. 2006. №4. С. 97.

⁷ См., например: Шебанов А.Ф. Форма советского права. М.: Юридическая литература, 1968. С. 197.

⁸ См.: Система советского законодательства / под ред. И.С. Самощенко. М.: Юридическая литература, 1980. С. 28–29; Поленина С.В. Взаимосвязи нормативных актов в системе советского гражданского законодательства // Советское государство и право. 1972. №8. С. 63.

⁹ См., например: Василевич Г.А. Источники белорусского права: принципы, нормативные акты, обычаи, прецеденты, доктрина. Мн.: Тесей, 2005. С. 87–88.

А.Я. Рыженков

Волгоградский государственный университет, г. Волгоград

ПРОБЛЕМА РАВЕНСТВА И ИЕРАРХИИ В СОВРЕМЕННОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

В статье 1 Гражданского кодекса РФ сформулированы основные начала гражданского законодательства; хотя они не названы «принципами» гражданского права, но вполне соответствуют им по своему функциональному назначению. В перечне основных начал на первое место поставлено равенство участников регулируемых им (т.е. законодательством) отношений; оно предшествует другим, не менее фундаментальным принципам – свободе договора, неприкосновенности собственности, беспрепятственности осуществления гражданских прав и др. Вероятно, этот факт далеко не случаен, тем более что в цивилистической доктрине равенство участников правоотношений традиционно считается одним из основополагающих качеств гражданского права. Нередко юридическое равенство субъектов считается центральным признаком частного права¹, которое, в свою очередь, дает повод отождествляться с правом гражданским.

При этом, впрочем, природа равенства как основного начала гражданского права остается не до конца осмысленной. Более того, теоретические объяснения правового равенства зачастую носят явно тавтологический характер. Так, например, ведущий специалист в данной области В.С. Нерсисянц сформулировал следующее определение: «Правовое равенство – это равенство свободных и независимых друг от друга субъектов права по общему для всех масштабу, единой норме, равной мере»².

В.В. Груздев в специальном исследовании, посвященном категории «равенство» в гражданском праве, приходит к следующим выводам: «Гражданско-правовое равенство лиц до вступления их в правоотношение суть равенство их правоспособности и отсутствие у одного лица в отношении другого возможности какого-либо принуждения к действию или бездействию в гражданско-правовой сфере. Гражданско-правовое равенство лиц в правоотношении есть равенство возможностей осуществления и защиты принадлежащих им субъективных прав и однородность регулирующего воздействия права на поведение субъектов правоотношения»³. Как видим, и в этом случае налицо «круг в определении»: при раскрытии содержания гражданско-правового равенства за основу берется понятие «равенства» как очевидное и само собой разумеющееся.

В своем исходном значении равенство – это не что иное, как количественное тождество; «при помощи категории равенства обозначаются такие отношения, когда объекты имеют качества (или хотя бы одно свойство) которые могут быть взаимозаменяемыми»⁴. В.С. Нерсисянц верно отмечал, что в основе идеи равенства лежит операция абстрагирования от различий: речь идет не о том, что отличия между объектами полностью отсутствуют, но о том, что эти различия признаются несущественными⁵. Действительно, о равенстве между предметами говорят не столько в случае их полной неразличимости, сколько в том случае, когда совпадают какие-либо их отдельные характеристики, и чаще всего те, которые поддаются измерению.

Для понимания сущности правового равенства продуктивным является предложенное Б.Н. Чичериным разграничение двух его аспектов: равенства прав и равенства состояний (в теории В.С. Нерсисянца аналогами этих понятий выступают, по всей видимости, «формальное» и «фактическое» равенство). Равенство прав, согласно Чичерину, предполагает отношение людей друг к другу как к свободным лицам и недопустимость подчинения одного человека другому иначе как на добровольной основе; «закон один для всех, и тогда, когда охраняет, и тогда, когда он наказывает» (ст. 3 Конституции Франции 1795 г.). Равенство состояний означает отсутствие каких бы то ни было преимуществ между людьми в распределении любых жизненных благ – как материальных, так и духовных⁶.

Нет никаких сомнений, что в ст. 1 Гражданского кодекса РФ, где упоминается о «равенстве участников отношений», имеется в виду, если пользоваться терминологией Б.Н. Чичерина, исключи-

тельно «равенство прав». Хотя в тексте закона и не уточняется, о равенстве чего именно идет речь, совершенно очевидно, что подразумевается равноправие, или формальное равенство, но вовсе не стремление к фактическому уравниванию субъектов гражданского права, что противоречило бы, помимо прочего, другим основным началам гражданского законодательства, а именно свободе договора и недопустимости произвольного вмешательства в частные дела.

Однако и в этом формально-юридическом значении понятие равенства требует дальнейших уточнений. Вероятно, оно не может пониматься в смысле всеобщего и абсолютного тождества прав и обязанностей всех участников гражданско-правовых отношений. Это противоречит не только всему последующему содержанию Гражданского кодекса РФ, но и самому существованию многих правоотношений. Это относится, например, к отношениям собственности, которые строятся на том, что одному лицу принадлежат по отношению к определенному имуществу такие правомочия, которые отсутствуют у кого-либо еще. Таким образом, эти отношения по своей природе исключают возможность полного уравнивания прав собственника и несобственника.

Как представляется, можно выделять два вида равенства в гражданско-правовых отношениях: полное и частичное.

Полное равенство присутствует там, где в правовом положении двух или более участников гражданско-правового отношения отсутствуют какие-либо различия. Таким образом, их гражданско-правовой статус является совершенно одинаковым. Например, полным равенством характеризуются лица, которые занимают одну и ту же позицию в однотипных правоотношениях с различным персональным составом (права и обязанности продавца по договору купли-продажи могут быть идентичны правам и обязанностям продавца по другому аналогичному договору). Это может быть важным, в частности, для недопущения каких-либо необоснованных преимуществ для одного лица по сравнению с другим при наличии пробелов или коллизий в законодательстве, когда принцип равенства может выступать основанием для единообразного толкования правовых норм в соответствии со сложившейся практикой. В рамках одного и того же правоотношения полное равенство возможно, например, в том случае, если на одной и той же стороне выступает несколько лиц (сособственники, кредиторы в обязательствах с пассивной множественностью лиц, должники в обязательствах с активной множественностью лиц).

Что касается сторон гражданско-правового отношения, то случаи полного равенства между ними сравнительно редки. Как в вещных, так и в обязательственных отношениях права и обязанности сторон, как правило, являются дифференцированными, что обусловлено различием их функций в гражданском обороте и хозяйственном механизме. В качестве исключения можно указать, например, на договор мены. Поскольку по этому договору каждая сторона одновременно признается и продавцом товара, который она обязуется передать, и покупателем товара, который она обязуется принять в обмен (ч. 2 ст. 567 ГК РФ), то их права и обязанности полностью совпадают. Другим случаем полного равенства сторон гражданско-правового отношения является договор простого товарищества, по которому двое или несколько лиц обязуются соединить свои вклады и совместно действовать для достижения общей цели (ч. 1 ст. 1041 ГК РФ); по данному договору все объединившиеся лица (товарищи) равны в отношении ведения общих дел, ответственности по обязательствам и др. (различия касаются не объема прав и обязанностей, а лишь размера ответственности – пропорционально стоимости внесенного вклада).

Частичное равенство в гражданско-правовых отношениях является более распространенным и представляет собой, по существу, универсальную форму правового равенства. Речь идет о том, что права и обязанности сторон в гражданско-правовом отношении могут существенно различаться, однако при этом у них имеется определенная совпадающая часть. Так, в любом правоотношении обе стороны имеют право на судебную защиту своих интересов; обе имеют право на возмещение убытков, причиненных нарушением их прав (ст. 15 ГК РФ); обеим сторонам запрещается действовать исключительно с намерением причинить вред другому лицу (ст. 10 ГК РФ) и т.п.

Таким образом, юридическое равенство выражается не столько в идентичности правовых статусов, сколько в наличии таких прав и обязанностей, которые являются общими для всех субъектов гражданского права или для их отдельных категорий.

Как ясно из вышеизложенного, в гражданском праве равенство не носит самостоятельного и всеобъемлющего характера; оно уживается и тесно взаимодействует с совершенно противоположным началом, которое, хотя и не включено в состав «основных начал» гражданского законодательства, тем не менее, получает широкое признание и закрепление. Этот противоположный принцип можно было бы называть «неравенством», однако подобное наименование представляется нежелательным, поскольку, будучи основано на отрицании, оно не отражает сути явления, а лишь указывает на те ка-

чества, которые у него отсутствуют. Как уже упоминалось выше, равенству противостоит дифференциация прав и обязанностей; в свою очередь, наиболее яркой и радикальной формой дифференциации является иерархия, при которой один субъект оказывается по отношению к другому в привилегированном или властвующем положении.

Казалось бы, иерархичность противоречит самой природе гражданского права, которое возникает для регулирования отношений между свободными и равными участниками производственных и торговых отношений. Иерархичность, наряду с принуждением, властеотношениями, централизацией и т.п., принято приписывать публичному праву, в то время как гражданское право традиционно считается центральным звеном, если не синонимом, частного права.

Не вдаваясь в эту дискуссию, отметим лишь, что критерии деления права на публичное и частное многообразны и сложны, а сама актуальность этого деления, восходящего, как известно, к римскому праву, в современных условиях далеко не очевидна. Так или иначе, есть основания полагать, что иерархия является неотъемлемой чертой не только публичного права, но права вообще, включая и гражданское.

Элементы иерархии встречаются уже в той самой статье 1 Гражданского кодекса РФ, которая закрепляет равенство в качестве основного начала гражданского законодательства. Здесь явно прослеживается законная иерархия интересов участников правоотношений. В ч. 2 ст. 1 прямо указывается на то, что гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона, и приведены основания: защита основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Положение о возможности ограничения гражданских прав в целях защиты прав и законных интересов других лиц, с нашей точки зрения, относится к числу трудных для толкования норм гражданского законодательства. Однако в любом случае не подлежит сомнению то, что здесь законодатель явно отдает предпочтение правам одних лиц по отношению к другим, иначе говоря, намечает иерархию. Разночтения могут касаться лишь того, какой критерий лежит в основе этого предпочтения.

Как представляется, возможны следующие основные варианты понимания приведенного законодательного текста.

Во-первых, не исключено, что речь здесь идет о различном характере прав, исходя из того, что сами права лиц неодинаковы по своему значению. В этом смысле, например, можно предположить, что имущественные права лица по значимости уступают личным конституционным правам (таким, как право на жизнь, свободу и личную неприкосновенность, защиту человеческого достоинства и др.). Таким образом, можно смоделировать, например, соразмерное ограничение права собственности одного лица в целях защиты права на жизнь другого человека.

Во-вторых, возможно, что ограничение одних прав в пользу других допускается в зависимости от их субъекта. Этот вариант, судя по всему, находится в наиболее открытом противоречии с принципом равенства участников правоотношений. Однако именно такое толкование принципа правового равенства неоднократно давал Конституционный Суд РФ. Так, в Определении от 6 декабря 2001 г. №255-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ежова В.Н. и Варзугиной Ю.А. на нарушение их конституционных прав статьей 80 Федерального закона «Об акционерных обществах» Конституционный Суд отметил: «Положение статьи 19 (часть 1) Конституции Российской Федерации «все равны перед законом и судом» означает, что при равных условиях субъекты права должны находиться в равном положении. Если же условия не являются равными, федеральный законодатель вправе установить для них различный правовой статус»⁷. Эта же правовая позиция подтверждена и многими другими решениями Конституционного Суда РФ: «законодатель, исходя из конституционной свободы договора, не вправе ограничиваться формальным признанием юридического равенства сторон и должен предоставлять определенные преимущества экономически слабой и зависимой стороне...»⁸.

Исходя из этой правовой позиции, вполне возможным представляется ограничение прав одних субъектов гражданского права в пользу других, более «слабых» и уязвимых в социально-экономическом отношении.

В-третьих, возможно, что критерием для ограничения гражданских прав на основании ч. 2 ст. 1 ГК РФ может выступать число лиц, чьи права и интересы затрагиваются (например, при ограничении прав одного субъекта с тем, чтобы могли быть реализованы права и интересы более широкого круга лиц).

Аналогичный смысл имеет и положение об ограничении гражданских прав в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, обеспечения обороны страны и безопасности государства. В данном случае также выстраивается иерархия интересов: общесоциальный интерес

ставится выше индивидуального. Следовательно, то лицо, чьи интересы соответствуют требованиям нравственности или безопасности, оказывается в привилегированном положении по сравнению с тем субъектом, который преследует исключительно личные цели, в силу чего его гражданские права при определенных условиях могут быть ограничены.

Иерархические начала обнаруживаются во многих институтах гражданского права. Они характерны, например, для права собственности, поскольку собственник имущества явно располагает такими правомочиями, которые ставят его в исключительное положение по сравнению с другими участниками этого правоотношения. Многие из его полномочий имеют ярко выраженный властный характер: например, право истребовать имущество из чужого незаконного владения (ст. 301 ГК РФ), право требовать устранения всяких нарушений его права (ст. 304 ГК РФ) и др.

Нормы гражданского права, посвященные юридическим лицам, также закрепляют иерархичность в том, что касается внутреннего устройства этих субъектов гражданского права, поскольку все органы управления юридических лиц неизбежно наделяются властными полномочиями.

Анализ норм обязательственного права также показывает, что равноправие сторон часто сочетается с тем, что в рамках обязательства возникают отношения власти и подчинения. Иерархичность явно присутствует во всех случаях, когда одна сторона обязательства должна в соответствии с договором беспрекословно исполнять волю другой стороны. Так, по договору поручения поверенный обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя (ч. 1 ст. 973 ГК РФ); по договору комиссии комиссионер, чтобы отступить от указаний комитента, должен предварительно запросить его согласие (ч. 1 ст. 995 ГК РФ). В подобного рода отношениях, где один субъект выступает исполнителем указаний другого лица, равенство между ними если и существует, то лишь наряду с иерархией.

Практически отсутствует равенство сторон в обязательствах из причинения вреда: субъект, причинивший вред, практически не обладает никакими правами по отношению к потерпевшей стороне. Интересы лица, которое понесло вред, явно рассматриваются законодателем в качестве приоритетных, что скорее позволяет говорить об иерархии, нежели о равенстве.

Эти и многие другие положения гражданского законодательства дают возможность сделать вывод, что современное гражданское право не строится исключительно на равенстве участников правоотношений. Равенство в гражданском праве представляет собой полное или частичное тождество прав и (или) обязанностей субъектов. Оно провозглашено в качестве основного начала гражданского законодательства. Однако нормы гражданского права достаточно часто предусматривают иной режим взаимодействия, при котором один из участников гражданского правоотношения имеет явно привилегированное положение по сравнению с другими или обладает по отношению к ним властными полномочиями.

¹ Белов В.А. Основное разделение права // Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт, 2009. С. 53–55.

² Нерсесянц В.С. Философия права. М.: Издательская группа НОРМА–ИНФРА. М., 1999. С. 17

³ Груздев В.В. Категория «равенство» в гражданском праве // Человек и право: исторические, общетеоретические и цивилистические очерки. Кострома: КГУ им. Н.А. Некрасова, 2010. С. 346.

⁴ Козюк М.Н. Правовое равенство в механизме правового регулирования. Волгоград: Волгоградская академия МВД России, 1998. С. 4.

⁵ Нерсесянц В.С. Философия права. С. 17.

⁶ Чичерин Б.Н. Собственность и государство. СПб.: Издательство РХГА, 2005. С. 242–249.

⁷ Определение от 6 декабря 2001 г. №255-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ежова Владимира Николаевича и Варзугиной Юлии Александровны на нарушение их конституционных прав статьей 80 Федерального закона «Об акционерных обществах» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2002. №2.

⁸ Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики. М.: Юристъ, 2004. С. 128.

Т.П. Строгонова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ЧЛЕНОВ СЕМЬИ СОБСТВЕННИКА В СВЕТЕ РЕФОРМИРОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Извечный жилищный вопрос и проблемы его разрешения породили многочисленные споры относительно правового положения членов семьи собственника. За последние несколько лет это был

один из самых обсуждаемых вопросов в кругах цивилистов и один из самых сложных вопросов в правоприменительной деятельности.

Сложность вопроса обусловлена прежде всего тем, что, как справедливо отмечают авторы Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, право членов семьи собственника является правом с неясной правовой природой.

Очередная попытка законодателя найти определенный баланс между жилищными правами собственника и членами его семьи предпринята при разработке изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации.

Проект федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации (далее законопроект) вносит существенные новеллы в правовом положении членов семьи собственника. Остановимся на некоторых из них, наиболее интересных с точки зрения теории и практики.

1. В п. 1 ст. 298.3 законопроекта закрепляется, что члены семьи собственника, проживающие в принадлежащем ему жилом помещении, имеют право пользоваться этим помещением на праве социального пользования (ст. 302.7). Таким образом, законодатель разрешает основную проблему, породившую многочисленные дискуссии – проблему правовой природы прав членов семьи собственника жилого помещения. Во-первых, права членов семьи собственника регулируются по правилам социального пользования, которое является разновидностью вещного права личного пользования. Во-вторых, исчезновение из законопроекта нормы, закрепляющей прекращение права пользования членами семьи собственника при отчуждении жилого помещения другому собственнику, окончательно поставило точку в споре о вещной природе прав членов семьи собственника.

2. Однако, остается неясным вопрос об основаниях возникновения у членов семьи собственника жилого помещения вещного права социального пользования. Будет ли автоматически порождать право социального пользования у лиц, проживающих в жилом помещении, отнесение их к членам семьи собственника, или же основанием возникновения вещного права на жилое помещение у членов семьи собственника будет являться судебное решение или волеизъявление собственника?

3. Действующее жилищное законодательство относит к членам семьи собственника: а) проживающих совместно с собственником в принадлежащем ему жилом помещении его супруга, детей и родителей собственника. Это так называемая «бесспорная» категория, не требующая установления факта ведения общего хозяйства; б) другие родственники, нетрудоспособные иждивенцы, а в исключительных случаях иные граждане, если они вселены собственником в качестве членов семьи. Для отнесения этих лиц к членам семьи требуется выяснение волеизъявления собственника на вселение их в жилое помещение. Объективно такое волеизъявление устанавливается, в том числе и путем выяснения факта ведения общего хозяйства, оказания взаимной материальной и иной поддержки и т.п. В свете новых изменений возникает вопрос: В случае спора относительно того является ли лицо членом семьи собственника или нет, требуется ли дополнительно устанавливать вещное право социального пользования или же достаточно факта признания членом семьи собственника?

4. Остается не совсем ясным, распространяется ли на членов семьи собственника статья 302.8 законопроекта, которая закрепляет сроки установления социального пользования? На какой срок устанавливается вещное право социального пользования для лиц, которые не перечислены в ст. 306.6 п.п. 2 и 3?

5. Как было уже указано выше, с принятием законопроекта будет положен конец многочисленным спорам о квалификации правового положения членам семьи собственника, причиной которых явилась норма, отменяющая «право следования» при продаже жилого помещения. Она также вызвала большой общественный резонанс, так как с введением этой нормы большое количество граждан оказалось выселенными на улицу. Законопроект устанавливает в ст. 302.7, что если лицо приобрело жилое помещение в собственность, а в нем проживают лица на правах социального пользования, то это лицо лишается права пользования этим жилым помещением. Хотелось бы обратить внимание на важную оговорку – право социального пользования должно быть зарегистрировано с установленным порядком. Отсюда возникает вопрос о необходимости государственной регистрации вещного права социального пользования членами семьи собственника. Если такая регистрация необходимо, значит каждый член семьи должен зарегистрировать свое право, заключив соглашение с собственником. Сразу представляется масштаб проблем, связанных с государственной регистрацией. Если же такая

регистрация не требуется, как будет доказываться факт установления социального пользования у лиц, проживающих в жилом помещении, при продаже этого объекта другому собственнику?

6. Устраняя социальную проблему, связанную с правами лиц, проживающих в жилом помещении при его продаже другому собственнику, законодатель породит другую проблему – исключение из гражданского оборота большого количества жилья.

И в заключении, хочется выразить надежду на то, что реформа гражданского законодательства пройдет в тесном взаимодействии с реформой жилищного, иначе проблемы в правоприменении неизбежны.

Т.И. Султонова

Российско-Таджикский (славянский) университет, г. Душанбе

ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ КАТЕГОРИИ СЛУЧАЙНОСТИ В АЗАРТНЫХ ИГРАХ

Азартным играм свойственны индивидуальные проявления, позволяющие выделять их из всего числа игр. Самым примечательным из таких специфических свойств рассматриваемого вида игр является их алеаторный характер. И именно это свойство азартных игр выступает в роли их ключевого признака, поскольку «закключаются они ради одной неопределенности относительно того, кто выиграет, а кто проиграет»¹, «исполнительное по договору действие, с обеих сторон, а иногда с одной только стороны, состоит, по намерению сторон, в зависимости от события, о котором совсем неизвестно – случится ли оно или вовсе не случится»², «а утрата такой неопределенности делает исполнение одной или обеих сторон лишенными смысла»³.

Алеаторность азартных игр проявляется в неопределенности их результата, вызванной присутствием элемента случайности. Причем случайная составляющая играет важную, а в некоторых видах азартных игр исключительную роль в определении исхода игрового процесса. На такое свойство азартных игр обращали внимания большинство ученых, исследовавших их природную сущность.

Собственно говоря, в общественной жизни случаем называется «всякое неожиданное происшествие, последствие разнообразных обстоятельств, сцепление которых ускользает от нашего постижения, то, что совершилось без прямого соучастия нашей воли»⁴. Определяя содержательную сторону случая, У.Дж. Рейхман рассуждает следующим образом: «Измерение подразумевает соблюдение определенных правил. Французский философ Ж. Бертран однажды спросил: «Как можем мы говорить о законах случайности? Разве случай не является антитезой всякого закона?» Сказать, что исход события определяется случаем, значит признать, что у нас нет представления о том, как он определен»⁵.

Случайность, будучи философской категорией, выражает собой способ превращения возможности в действительность, при котором в данном объекте, при данных условиях имеется несколько различных возможностей, могущих превратиться в действительность, но реализуется только одна из них⁶. Применительно к азартным играм воздействие случая на игровой процесс можно показать приблизительно следующим образом. Например, при играх с двумя костями общее число возможных результатов составляет 36 (каждая из шести граней одной кости с каждой из шести граней второй), а число способов выбросить, скажем, семь – всего 6 (1 и 6, 2 и 5, 3 и 4, 4 и 3, 5 и 2, 6 и 1). Стало быть, вероятность получения числа 7 составляет 6/36 или 1/6. Другими словами, если вероятность выбросить семерку равна 1/6, тогда из каждых шести бросков в среднем один будет благоприятным, а пять – нет. Или при игре в орлянку вероятность того, что при подбрасывании монеты выпадет «орел» – одна вторая, то есть соотношение возможностей будет 1 к 17. Причем следует иметь в виду, что каждая партия в азартной игре является независимой от предыдущей, и каждая игра имеет ту же вероятность получения определенного результата, что и все остальные. Другими словами, каждая игра характеризуется отсутствием устойчивых взаимосвязей друг с другом, результат одной игровой партии не зависит и не определяет собой результаты других последующих партий, и такая хаотичность каждой игры и есть истинное воплощение случайности.

Таким образом, раскрытие природы азартных игр неотделимо от идеи случая. Именно случайный характер азартных игр обуславливает неопределенность их протекания, где приходится выби-

рать среди множества ситуаций с заранее неизвестным исходом и создавать гипотезы вероятных исходов.

Между тем в различных азартных играх влияние случая неодинаково. Существуют азартные игры, основанные на чистой случайности. Примером таких игр являются кости, по сути, представляющие собой «генератор» случайности в чистом виде. Или рулетка также является игрой, основанной исключительно на случае, в которой расчет, известные математические соображения, ловкость и обдуманность в игре не могут приводить ни к какому положительному результату. «Если и есть некоторые, как говорят, более или менее верные приметы в игре в рулетку, если можно замечать чаще других повторяющиеся номера и т.п., то это все-таки не изменяет характера игры, и она остается основанной на случае, а не на расчете»⁷. Примерами исключительно случайных азартных игр в юридической литературе называются также лото, орлянка, лотерея, игра в «очко», «Авторадио», «День по пятьсот»⁸.

Наряду с исключительно случайными азартными играми существуют также игры, влияние случая на исход которых не является единственным. Так, многие азартные игры при присутствии элемента случайности дополнительно включают элемент стратегии, интеллектуальные навыки, уровень мастерства играющего и иные факторы. Это, так сказать, смешанные игры, «в которых случай в совокупности с искусством и сметливостью решают потерю или выигрыш»⁹.

В таких играх выигрывает не только тот, кому, так сказать «улыбнулся» случай, но и тот, кто лучше наблюдает, думает, сопоставляет. Игра в покер, например, как и многие другие карточные игры, основана «на смеси» случая и стратегии. Здесь в распоряжении каждого партнера имеется достаточно данных, чтобы, при способности перебирать варианты, делать необходимые вычисления, разгадать стратегию противника, но элемент случайности, выражающийся в характере карт, сданных каждому из партнеров, так или иначе влияет на исход игры. Какую бы роль не играла стратегия в покере, природность этой игры проявляется лишь в сочетании со случайностью.

Равным образом ставки на бегах и спортивных соревнованиях наряду со случайностью включают наблюдательские навыки играющих, учитывающие физические возможности и других элементы мастерства соревнующихся.

Но, несмотря на неодинаковое влияние случая в различных азартных играх, его присутствие в играх такого рода является не переменным. В противном случае игра перестает быть азартной. С нашей стороны неспроста обращается на это внимание. Все дело в том, что помимо азартных игр существуют и другие игры, характеризующиеся неопределенностью их результата. В качестве примера можно привести игру в шахматы, которая также, как и азартные игры протекает в условиях неопределенности. Как замечает основоположник математической теории игр Дж. фон Нейман, «...если теория шахмат была бы уже полностью известна, то в эту игру было бы неинтересно играть». Таким же образом говоря о неопределенности исхода азартной игры как о необходимом ее свойстве, можно сказать, что выявление безошибочного алгоритма действий игрока привело бы к тому, что азартная игра перестала бы быть таковой, превратившись в строгий набор последовательных действий игрока, ведущих либо к выигрышу, либо проигрышу, либо ничье. В этой связи целиком стратегические (интеллектуальные) игры, также как и азартные игры характеризуется принятием оптимальных решений в условиях неопределенности.

Однако при игре в шахматы неизвестный исход всецело зависит от умения игроков, и именно их мастерство и интеллектуальные способности призваны завершить эту неопределенность. В азартных играх же, как чисто случайных, так и смешанных, неопределенный исход находится в определенной степени под действием случая, его присутствие так или иначе моделирует процесс игры, а поэтому всегда оказывает воздействие на ее финальный результат. Взять, к примеру, ту же игру в покер, где выигрыш возможен и при невыгодном раскладе карт за счет умения и мастерства игрока. Несмотря на присутствие здесь наряду со случайным фактором также элемента стратегии, неверным было бы считать, что случайность вносит лишь некоторые незначительные коррективы в процесс игры. Случайность воздействует на направленность хода игры, конструирует его и тем самым, предопределяет ее исход, придавая ему черты неповторимости. Поэтому, по справедливому наблюдению Г.С. Попова, «излишне здесь полагать различие между играми чистого расчета и играми смешанными; случай берет свое и в тех и в других»¹⁰.

В подкрепление такого вывода уместным представляется здесь изложить наблюдения героя романа Ф.М. Достоевского «Игрок», сделанные им, будучи страстным знатоком рулетки: «мне показалось, что собственно расчет довольно мало значит и вовсе не имеет той важности, которую ему придают многие игроки. Они сидят с разграфленными бумажками, замечают удары, считают, выво-

дят шансы, рассчитывают, наконец, ставят и – проигрывают точно так же, как и мы, простые смертные, играющие без расчета»¹¹.

Таким образом, случайный характер азартных игр приводит к тому, что возможен любой их исход, но с определенной долей вероятности, в зависимости от числа благоприятных случаев, деленных на число возможных. И даже если при определенных расчетах вероятность наступления или ненаступления определенного результата кажется очень малой или даже равной нулю, из этого нельзя еще делать вывод о его предопределенности и заданности.

В связи с такими рассуждениями можно сделать вывод, что качественная сторона неопределенности в иных играх, не являющихся азартными, и собственно в азартных играх различная: в играх первой разновидности неизвестный результат целиком подчиняется мастерству интеллектуальным способностям игроков, в азартных играх же, каковы бы ни были верными человеческие расчеты, всегда остается место для случая. В этом и проявляется их главная особенность. Азартные игры отличаются от неазартных тем, что в них присутствует везение – удача, тогда как в последних положительным результатом является зависящий от мастерского умения успех¹².

Ввиду этого, неверными представляются попытки отдельных исследователей выделить из всего числа азартных игр такую их разновидность, где исключается случайное влияние факторов на ход игрового процесса. В частности, выделение азартных игр и пари по признаку отсутствия в них какого-либо влияния случая проводится В.А. Беловым. Названным ученым к такой группе азартных игр отнесены многочисленные спортивные состязания, игры в «слова», «морской бой», «точки», шашки и шахматы, «салочки» и «прятки»; пари на предмет выявления и демонстрации наивысших профессиональных или иных, специально для состязания не развиваемых качеств (кто быстрее печатает, кто дальше видит, кто лучше поет и т.п.)¹³.

Разумеется, перечисленные виды игр, также как и азартные игры сопровождаются острыми эмоциональными переживаниями игроков и наблюдающих. Однако эмоциональная насыщенность таких игр отнюдь не преобразует их в разряд азартных. Более того, можно сказать, что эмоциональный аспект поведения игроков присущ любой игре без исключения будь то рулетка или футбол, где одинаково царит накал страстей и напряженное ожидание исхода. Или взять, к примеру, детские игры, также сопровождающиеся высоким эмоциональным состоянием играющих, что выражается в проявлении детьми чувства радости, удовольствия, возбуждения, интереса, побуждении их к творческому выполнению игровых действий. Поэтому ошибочно, на наш взгляд, объяснять понимание азартных игр посредством современного толкования слова «азарт», в том его значении, в каком оно интерпретируется в словарях русского языка – сильное возбуждение, задор, пыл, горячность, и рассматривать в качестве азартных все игры, сопровождающиеся острыми эмоциональными переживаниями. На самом деле современное слово «азарт» является нарицательным и иносказательным. Оно вошло в обиход благодаря чувству, возникающему при азартной игре, и в современной речи используется в переносном значении для обозначения эмоциональной наполненности ряда переживаний, применимых к различным жизненным ситуациям (игре, охоте, рыбалке или любому иному увлекательному занятию, небезразличному конкретному лицу). В виду этого скорее не название азартных игр произошло от слова «азарт», а понимание этого самого термина построено на примере их феномена.

Первоначальное же историческое значение этого слова связано далеко не с эмоциональным состоянием человека, а со случайной составляющей. Слово «азарт» имеет арабские корни и происходит от арабского «аз-захр» — игральная кость, случай¹⁴. Фактически во всех языках это слово обозначает случай. Например, французское слово «hasard» означает случай, на основе которого произошло словосочетание «jeu de hasard», буквально означающее «игра случая». Испанское слово «azar» также включает случайный аспект и означает игру в кости. И коль речь идет о терминологии, которая всегда должна быть однозначна, слово «азарт» применительно к азартным играм должно употребляться в том своем первоначальном значении, в каком оно зародилось.

Таким образом, мы пришли к выводу, что словосочетание «азартные игры» является обобщающим названием для игр, результат которых в определенной степени зависит от воли случая. Азартными играми являются исключительно игры со случайным исходом. Случайная составляющая обязательно должна наличествовать в азартной игре, ибо принцип случайности является главным формирующим ее началом. Случайный характер азартных игр, как уже отмечалось, обуславливает неопределенность их протекания, где приходится выбирать среди множества ситуаций с заранее неизвестным исходом и создавать гипотезы вероятных исходов. Но только случайная неопределенность и никакая другая характеризует самобытность азартных игр и указывает на алеаторность таких правовых

конструкций, потому как только лишь неопределенность, вызванная случаем, призвана характеризовать то или иное явление в качестве алеаторного и играть роль элеа элемента.

- ¹ Райнер Г. Деривативы и право / Пер. с нем. Ю.М. Алексеев, О.М. Иванов. М.: «Волтерс Клувер», 2005. С. 28.
- ² Победоносцев К.П. Курс гражданского права. [Электронный ресурс]. СПб.: Синодальная типография, 1896. Доступ из справ-правовой системы «Гарант».
- ³ Райнер Г. Там же.
- ⁴ Попов Г.С. Об играх забавы, расчета и корысти. Исторические изыскания и современные соображения. - СПб.: Военная типография, 1858. С. 4.
- ⁵ Рейхман У. Дж. Применение статистики. М., 1969. С. 168.
- ⁶ Философский энциклопедический словарь / Под ред. С.С. Аверинцева, Э.А. Араб-Оглы, Л.Ф. Ильичева, С.М. Ковалева и др. М.: «Советская энциклопедия», 1989. С. 409.
- ⁷ Кони А.Ф. Избранные труды и речи. [Электронный ресурс]. Тула: Изд-во «Автограф», 2000. Доступ из справ-правовой системы «Гарант».
- ⁸ См.: Белов В.А. Игры и пари как институты гражданского права // Законодательство. 1999. №9. С. 14.
- ⁹ Попов Г.С. Об играх забавы, расчета и корысти. Исторические изыскания и современные соображения. СПб.: Военная типография, 1858. С. 6.
- ¹⁰ Попов Г.С. Об играх забавы, расчета и корысти. Исторические изыскания и современные соображения. СПб.: Военная типография, 1858. С. 11.
- ¹¹ Достоевский Ф.М. Игрок / Собрание сочинений в 15-ти томах. Л.: «Наука», 1989. Т. 4. С. 12.
- ¹² Ключкина О. Воля к игре: исследование игроков казино // <http://www.narcom.ru/ideas/socio/34.html#3>. Дата вхождения: 12.07.2012.
- ¹³ Белов В.А. Указ. раб. 15
- ¹⁴ См.: Ковтун Е., Жарковская О. Ислам и азарт – понятия несовместимые?! // Мир игр. 2005. №3. С. 102.

Н.А. Темникова

Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского, г. Омск

**ПОЛОЖЕНИЯ О НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ И ОГРАНИЧЕННО ДЕЕСПОСОБНЫХ
ЛИЦАХ В ПРОЕКТЕ ФЗ «О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ В ЧАСТИ ПЕРВУЮ, ВТОРУЮ,
ТРЕТЬЮ И ЧЕТВЕРТУЮ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РФ, А ТАКЖЕ В ОТДЕЛЬНЫЕ
ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ АКТЫ РФ»**

Положения о физических лицах довольно стабильны в течение длительного времени, поправки, предложенные в Проекте¹, также весьма незначительны. В числе иных предполагаются изменения положений о дееспособности несовершеннолетних и ограниченно дееспособных граждан.

В п. 2 ст. 26 ГК РФ предусмотрено следующее изменение: несовершеннолетние от 14 до 18 лет вправе самостоятельно, без согласия родителей, усыновителей и попечителя распоряжаться стипендией и заработком, вместо формулировки «заработком, стипендией и иными доходами», содержащейся в действующем законе. Таким образом, возможность самостоятельного распоряжения будет ограничена только заработной платой и стипендией, доходами от предпринимательской деятельности несовершеннолетние должны будут распоряжаться только с письменного согласия родителей и заменяющих их лиц. Несомненно, это будет затруднять совершение сделок детьми, зарегистрированными в качестве индивидуальных предпринимателей, тем более, что они могут обратиться в орган опеки и попечительства с требованием об эмансипации только с 16 лет.

Положения об алиментах, пенсиях, пособиях не изменяются: это по-прежнему средства, поступающие в распоряжение родителей (лиц, их заменяющих) и расходующие ими на содержание, воспитание и образование ребенка (п. 2 ст. 60 СК РФ).

К сожалению, при этом не учитывается положение п. 2 ст. 20 ГК РФ, о том, что местом жительства несовершеннолетних до 14 лет признается место жительства их законных представителей. В соответствии с п. 2 ст. 36 ГК РФ с 16 лет орган опеки и попечительства может разрешить раздельное проживание попечителя с подопечным при условии, что это не отразится неблагоприятно на воспитании и защите его прав и интересов. Можно ли назвать справедливым положение закона, в соответствии с которым независимо от того, проживает ли ребенок с родителем (заменяющим его лицом), алименты, пособия получает родитель (заменяющее его лицо). В связи с отсутствием механизма выплаты алиментов самому ребенку, достигшему 14 (16) лет, в случае его обучения не по месту житель-

ства родителя (попечителя), лицу, с которым проживает ребенок (например, бабушка), наличествует объективная возможность злоупотребления родителями своими правами.

Представляется целесообразным п. 2 ст. 20 дополнить положением о том, что с письменного разрешения органа опеки и попечительства допускается раздельное проживание родителей и ребенка, достигшего возраста 14 лет, при этом может быть вынесено постановление о перечислении алиментов на банковский счет, открытый на имя ребенка.

Не подверглось ревизии и положение пп. 2 п. 1 ст. 26, в соответствии с которым несовершеннолетние могут осуществлять права автора произведения науки, литературы или искусства, изобретения или иного охраняемого законом результата своей интеллектуальной деятельности, хотя в отношении этого правила имеются сомнения.

Как отмечает Э.П. Гаврилов, если «субъект гражданского права самостоятельно создал результат интеллектуальной деятельности, что свидетельствует о его творческой зрелости, <...> законодательство предоставляет ему полную дееспособность для осуществления интеллектуальных прав»². Но насколько соотносимы возможность ребенка создать самостоятельный творческий результат и самостоятельное распоряжение своими интеллектуальными правами? Несовершеннолетний может совершить невыгодную для себя сделку, произвести отчуждение исключительного права. Наличие творческих способностей, познаний в технической области не свидетельствует о наличии правовых познаний и достаточной зрелости для заключения лицензионного договора, договора об отчуждении исключительного права и др. Возможно, права несовершеннолетнего автора будут в большей степени защищены, если в отношении распоряжения исключительным правом будет действовать общий режим для сделок несовершеннолетнего от 14 до 18 лет.

Представляется необходимым поставить перед юридической общественностью вопрос о целесообразности сохранения положения о приобретении полной дееспособности несовершеннолетним со времени вступления в брак.

Положения о приобретении полной дееспособности с момента вступления в брак имеются во многих странах. Так, во Франции заключение брака несовершеннолетним является основанием для его эмансипации на законном основании (ст. 476 ФГК)³. Однако насколько соотносимы достижение половой зрелости и способность к самостоятельному совершению всех гражданско-правовых сделок – думается, существующая норма требует переоценки.

В пункте 1 ст. 30 ГК РФ введено дополнительное основание ограничения дееспособности гражданина – пристрастие к азартным играм. О необходимости этого правила довольно много писали в научной литературе⁴, и оно в целом не вызывает возражений. Сложность будет вызывать доказывание данного обстоятельства.

Однако далее предложен второй абзац (скорее всего, предполагается абз. 3 п. 1 ст. 30 ГК РФ) дополнить словами «попечитель получает и расходует заработок, пенсию и иные доходы гражданина, ограниченного судом в дееспособности, в интересах подопечного в порядке, предусмотренном ст. 37 настоящего Кодекса. По поводу предлагаемого изменения имеются возражения.

Ограничение дееспособности осуществляется в интересах семьи, поскольку лицо, злоупотребляющее спиртными напитками, наркотическими средствами (в проекте также пристрастие к азартным играм), ставит свою семью в тяжелое материальное положение. В соответствии же с предложенной редакцией заработную плату и иные доходы попечитель обязан тратить только в его интересах: без предварительного разрешения органов опеки и попечительства может расходовать только средства в пределах величины прожиточного минимума (ст. 37 ГК РФ). Каким образом попечитель должен содержать иных членов семьи – неизвестно.

Тем более следует учитывать, что если данное лицо состоит в браке и отсутствует брачный договор, эти доходы относятся к общему имуществу супругов. Следует ли усложнять жизнь супругу, который является (что чаще всего) попечителем ограниченно дееспособного лица: определять свою долю в супружеском имуществе, взыскивать алименты и т.д.? Представляется, этот абзац должен быть исключен из законопроекта, поскольку существенно нарушает интересы членов семьи и влечет бессмысленность положений об ограничении дееспособности гражданина.

Таким образом, несмотря на многочисленные публикации, поднимающие вопросы гражданско-правового статуса физического лица, имеющиеся предложения по совершенствованию законодательства в этой части, к сожалению, практически не нашли отклика у авторов законопроектов. Изложен-

ное позволяет сделать вывод о необходимости консолидации ученых, занятых в этой области, с целью проведения ревизии гражданского законодательства о физических лицах.

¹ Проект Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ» // <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/12976.html>

² Гаврилов Э.П. Интеллектуальные права несовершеннолетних // *Хозяйство и право*. 2011. №9. С. 58.

³ Французский гражданский кодекс: учеб.-практ. комментарий. М., 2008. С. 223.

⁴ См. напр.: Дарчиева Л.В. Возможно ли расширение оснований ограничения дееспособности граждан? // *Юридический мир*. 2007. №12. С. 77–80; Михайлова И. А. Правосубъектность физических лиц: некоторые направления дальнейшего совершенствования российского гражданского законодательства // *Гражданское право*. 2009. №1. С. 24–30; Томилов А.Ю. Расточительство как основание для ограничения дееспособности лица // *Вестник Челябинского государственного университета*. 2010. №19(200).Право. Вып. 24. С. 60–65.

Е.М. Тужилова-Орданская, А.Р. Муратова
Башкирский государственный университет, г. Уфа

ДОВЕРЕННОСТЬ: ПРОБЛЕМА ЭЛЕКТРОННОЙ ФОРМЫ

Содержание одностороннего волеизъявления представляемого о наделении представителя полномочием обычно отражается в специальном документе – доверенности¹. В гражданском обороте доверенность имеет широкое распространение. С ее помощью оформляется огромное число сделок и других юридически значимых действий.

Традиционный порядок наделения представителя полномочиями, предусматривающий оформление доверенности, нередко нотариально заверенной, не отвечает скоростям современного оборота, возможной удаленности представителя от представляемого.

Специфика представительской деятельности в сети Интернет довольно сильна, что влечет определенные проблемы с применением традиционных моделей регулирования такой деятельности.

Будучи гражданско-правовой сделкой, доверенность должна соответствовать всем требованиям, предъявляемым к сделкам. Составление доверенности подчиняется ряду специальных правил, несоблюдение которых может повлечь за собой недействительность доверенности².

Доверенность должна быть специальным образом оформлена. По общему правилу для действительности доверенности достаточно того, чтобы она была облечена в простую письменную форму. Соответствующий документ должен содержать данные, необходимые для признания его доверенностью (ст. 185, 186 ГК РФ).

Пунктом 1 ст. 160 ГК РФ установлено, что сделка в письменной форме должна быть совершена путем составления документа, выражающего ее содержание и подписанного лицом или лицами, совершающими сделку, или должным образом уполномоченными ими лицами.

В п. 2 статьи 160 ГК РФ допускается использование при совершении сделок факсимильной подписи с помощью электронных средств, но не говорится о возможности использования электронных средств для фиксации содержания самой сделки. Такое использование допускается применительно к договорам п. 2 ст. 434 ГК РФ, а для односторонних сделок – в силу ст. 156 ГК РФ, согласно которой к ним применяются общие положения о договорах.

Статья 434 ГК РФ определяет, что договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

В соответствии с п. 11 ст. 2 ФЗ от 27.07.2006 №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»³ (далее – Закон №149-ФЗ) документированная признается зафиксированная на материальном носителе путем документирования информация с реквизитами, позволяющими определить ее, или в установленных законодательством Российской Федерации случаях ее материальный носитель. Пункт 11.1 ст. 2 Закона №149-ФЗ определяет электронный документ как документированную информацию, представленную в электронной форме, то есть в виде, пригодном для восприятия человеком с использованием электронных вычислительных машин, а также для передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах.

Из приведенных норм можно сделать вывод, что документом может считаться не только информация на бумажном носителе, но и информация на машинных носителях.

Электронный документ должен: создаваться, обрабатываться, перерабатываться и храниться с помощью программных и технических средств; иметь установленную структуру и содержать реквизиты, позволяющие его идентифицировать; быть представленным в форме, понятной для восприятия человеком⁴.

Важно отметить, что электронный документ состоит из двух неотъемлемых частей – общей и особенной. Общая часть электронного документа состоит из информации, составляющей содержание документа; особенная часть состоит из одной или нескольких электронных цифровых подписей.

Электронная цифровая подпись – реквизит электронного документа, предназначенный для защиты данного электронного документа от подделки, полученный в результате криптографического преобразования информации с использованием закрытого ключа электронной цифровой подписи и позволяющий идентифицировать владельца сертификата ключа подписи, а также установить отсутствие искажения информации в электронном документе.

Возможность использования электронно-цифровой подписи, закрепленная в ГК РФ, стала новацией в российском гражданском законодательстве. Новый вид подписи выполняет функции, аналогичные тем, что и ее традиционный вид: указывает, кем подписан документ, символизирует выражение воли стороны по сделке, является сложной для воспроизводства любым другим, неуполномоченным на то лицом, обеспечивает нецелесообразность подделки. Электронно-цифровая подпись указанные функции выполняет.

А.П. Курило отмечает, что «электронному документу, как и традиционному бумажному документу, может быть придан соответствующий юридический статус при выполнении следующих условий: гарантии неизменности содержания информации, зафиксированной на соответствующем носителе; оформлении текста документа в соответствии с установленными законом или стандартом требованиями; снабжении документа необходимыми реквизитами, перечень которых определен законом или стандартом⁵. Гарантию неизменности содержания информации может дать электронная цифровая подпись.

Пункт 3 статьи 3 Закона №149-ФЗ закрепляет положение, согласно которому «юридическая сила документа, хранимого, обрабатываемого и передаваемого с помощью автоматизированных информационных и телекоммуникационных систем (т.е. электронного документа), может подтверждаться электронной цифровой подписью». Таким образом, закон предусматривает возможность подтверждения юридической силы электронного документа, хранимого, обрабатываемого и передаваемого с помощью автоматизированных и телекоммуникационных систем, электронной цифровой подписью.

При совершении гражданско-правовых сделок использование электронной цифровой подписи в электронных документах признается равнозначным собственноручной подписи в документе на бумажном носителе в силу ст. 1 Федерального закона от 10.01.2002 №1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи»⁶ (далее – Закон №1-ФЗ). Пункт 1 статьи 4 Закона №1-ФЗ устанавливает требования к электронно-цифровой подписи.

В силу п. 3 ст. 11 Закон №149-ФЗ электронное сообщение, подписанное электронной цифровой подписью или иным аналогом собственноручной подписи, признается электронным документом, равнозначным документу, подписанному собственноручной подписью, в случаях, если федеральными законами или иными нормативными правовыми актами не устанавливается или не подразумевается требование о составлении такого документа на бумажном носителе.

Следовательно, доверенность может быть оформлена в электронной форме и передана с использованием сети Интернет, при условии использования электронно-цифровой подписи, что отвечает современным потребностям гражданского оборота.

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: учеб.-практич. комментарий (постатейный) / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева и др.; под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2010. 912 с.; Ершов В.А., Сутягин А.В., Кайль А.Н. Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации // СПС КонсультантПлюс. 2011. Версия 4000.00.41. Сборка 35104.

² Гражданское право: Учебник в 3 т. Т. 1 / отв. Ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. М. 2007. С. 328

³ Федеральный закон от 27.07.2006 №149-ФЗ (ред. от 21.07.2011) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // СПС «Консультант плюс» (Электронный ресурс) URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=126525>

⁴ См.: Функ Я.И. Курс внешнеторгового права: основные внешнеторговые сделки. М.: Изд-во деловой и учеб. лит., 2007. С. 96.

⁵ Курило А.П. О правовом режиме электронного документа в системе межбанковских расчетов // Проблемы информатизации. 1999. №3. С. 78.

⁶ Федеральный закон от 10.01.2002 №1-ФЗ (ред. от 08.11.2007) «Об электронной цифровой подписи» // СПС «Консультант плюс» (Электронный ресурс) URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=72518>

М.С. Тюриков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ВОЗЛОЖЕНИЕ СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПО ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ КАЗЕННОГО УЧРЕЖДЕНИЯ В СЛУЧАЕ СМЕНЫ ЕГО СОБСТВЕННИКА

Действующее законодательство определяет казенное учреждение как государственное (муниципальное) учреждение, созданное собственником для осуществления управленческих, социально-культурных или иных функций некоммерческого характера, а также для оказания государственных (муниципальных) услуг, выполнения работ и (или) исполнения государственных (муниципальных) функций в целях обеспечения реализации предусмотренных законодательством Российской Федерации полномочий органов государственной власти (государственных органов) или органов местного самоуправления, финансовое обеспечение деятельности которого осуществляется за счет средств соответствующего бюджета на основании бюджетной сметы (п. 1 ст. 120 Гражданского кодекса Российской Федерации¹ (далее – ГК РФ), абз. 39 ст. 6 Бюджетного кодекса Российской Федерации² (далее – БК РФ)).

Казенное учреждение является юридическим лицом и от своего имени может приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде.

В силу п. 2 ст. 120 ГК РФ казенное учреждение может быть создано Российской Федерацией, субъектом Российской Федерации, муниципальным образованием, поэтому его имущество соответственно может находиться в федеральной собственности, собственности субъекта Российской Федерации или муниципальной собственности.

Исходя из п. 1 ст. 399 ГК РФ до предъявления требований к лицу, которое в соответствии с законом, иными правовыми актами или условиями обязательства несет ответственность дополнительно к ответственности другого лица, являющегося основным должником (субсидиарную ответственность), кредитор должен предъявить требование к основному должнику.

В соответствии с абз. 4 п. 2 ст. 120 ГК РФ казенное учреждение отвечает по своим обязательствам находящимися в его распоряжении денежными средствами. При недостаточности указанных денежных средств субсидиарную ответственность по обязательствам такого учреждения несет собственник его имущества.

В связи с этим ответственность собственника имущества учреждения является особым видом субсидиарной ответственности, на который общие нормы о субсидиарной ответственности, установленные ст. 399 ГК РФ, распространяются с особенностями, установленными ст. 120 Кодекса³.

По требованиям, предъявляемым в порядке субсидиарной ответственности к Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или муниципальному образованию по обязательствам созданных ими учреждений, выступает от имени указанных публично-правовых образований главный распорядитель средств соответствующего бюджета, определяемый по правилам п. 1 ст. 158 БК РФ.

При предъявлении требований, вытекающих из обязательств казенных учреждений, возникает вопрос о том, кто должен выступать в качестве лица, несущего субсидиарную ответственность по обязательствам казенного учреждения, возникшим до смены его собственника: прежний собственник его имущества (например, муниципальное образование) или новый собственник (например, субъект Российской Федерации, Российская Федерация)? Ведь согласно п. 2 ст. 161 БК РФ финансовое обеспечение деятельности казенного учреждения осуществляется за счет средств соответствующего бюджета бюджетной системы Российской Федерации и на основании бюджетной сметы. В результате

смены собственника казенного учреждения соответственно изменяется источник его финансирования.

Разрешая данный вопрос, необходимо отметить, что смена собственника казенного учреждения возможна путем его передачи от одного публичного образования другому (например, из федеральной собственности в собственность субъекта Российской Федерации).

Пунктом 11 ст. 154 Федерального закона от 22.08.2004 г. №122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁴ (далее – Федеральный закон №122-ФЗ) установлен порядок передачи имущества из федеральной собственности в собственность субъекта Российской Федерации или муниципальную собственность, из собственности субъекта Российской Федерации в федеральную собственность или муниципальную собственность, из муниципальной собственности в федеральную собственность или собственность субъекта Российской Федерации.

Решение о передаче имущества принимается соответствующим органом исполнительной власти, осуществляющим полномочия собственника имущества, если иное не установлено Правительством Российской Федерации.

В абз. 30 п. 11 ст. 154 Федерального закона №122-ФЗ указано, что Российская Федерация, субъект Российской Федерации или муниципальное образование, в собственность которых передано имущество, несут бремя его содержания с даты возникновения права собственности, определяемой в решении о передаче имущества.

При этом передача имущества, закрепленного за государственными или муниципальными учреждениями, осуществляется с согласия указанных учреждений. В этом случае от передающей стороны передаточный акт визируется уполномоченным лицом учреждения.

Таким образом, по смыслу указанных нормативных положений субсидиарную ответственность по обязательствам переданного казенного учреждения, возникшим до перехода права собственности, должен нести новый собственник имущества казенного учреждения.

Полагаем, что в ходе судебного разбирательства при привлечении к участию в деле в качестве ответчика прежнего собственника имущества казенного учреждения арбитражный суд вправе применить нормы ст. 47 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации⁵ (далее – АПК РФ), устанавливающей порядок замены ненадлежащего ответчика по делу. Положения ст. 48 АПК РФ о процессуальном правопреемстве в данном случае не применимы, поскольку с учетом изложенных положений законодательства и по смыслу указанной статьи передача имущества казенного учреждения от прежнего собственника новому не выступает основанием процессуального правопреемства.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (ч. первая) от 30.11.1994 г. №51-ФЗ (ред. от 06.12.2011) // Собрание законодательства РФ. 1994. №32. Ст. 3301.

² Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 г. №145-ФЗ (ред. от 03.12.2011) // Собрание законодательства РФ. 1998. №31. Ст. 3823.

³ О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами споров с участием государственных и муниципальных учреждений, связанных с применением статьи 120 Гражданского кодекса Российской Федерации: Постановление Пленума ВАС РФ от 22.06.2006 №21 // Вестник ВАС РФ. 2006. №8.

⁴ О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»: федеральный закон 22.08.2004 г. №122-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2004. №35. Ст. 3607.

⁵ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 г. №95-ФЗ (ред. от 08.12.2011) // Собрание законодательства РФ. 2002. №30. Ст. 3012.

**ФИЛОСОФСКИЕ ОСНОВАНИЯ И ЭВРИСТИЧЕСКИЕ ВОЗМОЖНОСТИ
ИНСТРУМЕНТАЛЬНОГО ПОДХОДА В ЧАСТНОПРАВОВОЙ НАУКЕ**

Методологический кризис юридической науки остро ощущается осознается и описывает сегодня в многочисленных научных публикациях. Он заставляет обратиться к проблемам методологии и попытаться сконструировать наиболее адекватные способы ведения научной работы. В этом смысле юриспруденция следует за наукой вообще – попадая в методологический тупик. Основная проблема науки вообще, поднятая и озвученная в эпистемологии звучит как недостижимость истины вообще. Именно на этой идее основывается инструментализм – методологическое направление, возникшее в начале XX века и постепенно распространяющее свое влияние, за прошедший век добравшееся и до юридической науки.

Основателем инструментального подхода считают Д. Дьюи, развившего положения Ч.С. Пирса (1839–1914) и У. Джемса (1842–1910). По мнению Д. Дьюи, задача науки состоит в том, чтобы планировать будущее и находить средства для его осуществления. Проблема познания, согласно Дьюи, является бессмысленной – в этой части его подход логично вытекает из рассуждений Ч.С. Пирса, в соответствии с которыми субъект оперирует не вещами, а значениями для него тех или иных символов, а таким образом, истина – это лишь предмет веры. У. Джеймс высказал вторую базовую для инструментализма идею о том, что познание – избирательная категория, преследующая определенные цели. По его мнению, «истина состоит в будущей полезности для наших целей». Дальнейшее развитие это направление философии получило в трудах Р. Рорти, для которого практическая полезность того или иного вопроса и ответа на него, вывода и умозаключения ставится им во главу угла и в основу познания. Познание, по мнению философа следует рассматривать как «стремление обеспечить переходящие интересы, разрешить переходящие проблемы». Основной целью ученого, по его мнению, является подыскание таких инструментов, которые позволяли бы испытывать как можно больше удовольствия и как можно меньше страданий. Анализируя любое явление, следует определить, способно ли оно выполнять определенную задачу. При этом «никого не волнует вопрос о том, верно или нет [оно] отражает реальность».

Основными концептуальными идеями инструментального подхода в философии являются следующие положения: 1) не нужно знание ради истины или ради знания, полезность – единственное мерило нового знания; 2) вырабатываемые наукой средства должны быть пригодны для достижения целей субъекта; 3) реализация инструментов, предлагаемых наукой, производится в поведенческих актах субъекта, они всегда имеют тесную связь с реальностью и индивидом; 4) научное знание должно служить ориентиром для субъектов, становясь своеобразным компромиссом их различных интересов.

Таким образом, инструментальный подход позволяет оценивать полезность, сопоставляя предлагаемое наукой решение с потребностями и целями человека.

Для юриспруденции – изначально утилитарного научного направления, инструментальный подход представляется наиболее перспективным. Поиски истины в юриспруденции бессмысленны. Юридические категории, истинность или ложность которых предполагается оценивать, введены в юриспруденцию извне, самими исследователями, в таком случае, предметом исследований становятся только лишь введенные в науку предшественниками конструкции, а объектом верификации становятся другие конструкции, введенные раньше (позже). Назначение таких «исследований» с трудом улавливается самими исследователями, что же касается субъектов правореализационной деятельности, то они остаются совершенно безучастны к результатам изысканий.

Инструментализм в юриспруденции предполагает отказ от бесплодных дискуссий о сущности отдельных юридических понятий, а постановку конкретных задач – как именно может использоваться то или иное правовое решение, для достижения каких именно конкретных целей, и, наоборот, в подыскании наиболее эффективных средств для достижения целей лица. Историзм инструментального подхода проявляется в том, что отдельные правовые решения могут по-разному оцениваться в различные исторические этапы, и то, что является средством достижения цели сегодня, вполне может перестать быть таковым завтра – либо в силу отпадения соответствующей цели, либо в связи с утратой правомерного характера определенного поведения в силу государственного установления.

Инструментализм в правовой науке предполагает постоянный анализ деятельности субъекта по достижению его цели. Инициативность в правовых решениях – та черта, которую позволяет учитывать исключительно инструментальный подход, основанный на оценке человеческой деятельности, в рамках которой то или иное правовое явление способно работать. К сожалению, именно эта черта названного подхода была утеряна большинством ученых-правоведах при попытках его применения в своих изысканиях. Современным правоведам трудно пустить в свои размышления человека, от воли, сознания, свободного выбора и поведения которого зависит реализации в первую и последнюю очередь реализация права.

Инструментальный подход, в соответствии с нашим пониманием подразумевает исследование правовых явлений с позиции их целесообразности, функциональной пригодности для использования в процессе правовой деятельности людей для достижения ими собственных правовых целей. Единственным мериллом необходимости существования того или иного правового явления выступает его полезность для человека. Явление, включаемое субъектами права в их правовую деятельность для достижения собственных целей – суть правовое средство. Все иные правовые явления в тех случаях, когда они не являются правовыми средствами или не обеспечивают действие правовых средств – избыточны и нуждаются в элиминировании.

В предложенном понимании инструментальный подход может быть приложен к любой правовой материи (и любой иной – с приданием ему соответствующей специфики). Выявление действия инструментального подхода требует разработки трех основных взаимосвязанных категорий, без понимания сущности которых невозможно уловить суть инструментального исследования, а значит, в полной мере воспользоваться его познавательными возможностями. Это парные категории «правовая цель» и «правовое средство», а также «правовая деятельность» и ее основные свойства.

Инструментальный подход позволяет реализовать утилитарность права. Основные же познавательные возможности инструментального подхода состоят в уяснении целесообразности использования тех или иных правовых возможностей для удовлетворения интереса субъекта правореализационной деятельности, условий активного выбора этих средств, соотношения их с другими возможностями.

О.А. Халабуденко

Международный свободный университет Молдовы (ULIM), г. Молдова

К ВОПРОСУ ОБ ОПРЕДЕЛЕНИИ ПРЕДМЕТНОЙ СФЕРЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА (МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ЗАМЕЧАНИЯ)

Право публичное и право частное – ключевые понятия европейской науки права. В данной работе предпринята попытка кратко рассмотреть вопрос об установлении релевантного методологического метода (шире – подхода) к определению сферы частного права. Итак, естественно-правовой подход к решению вопроса о предмете частного права, получивший самое широкое распространение на заре становления права Нового времени, основывался на представлении, что началом права для всего живого служит разумная природа человека. Концептуальный натурализм исходит из постулата, характерного для всех естественно-правовых учений, а именно: «индивид обладает совокупностью естественных и неотчуждаемых прав, существование которых предшествует воздействию норм позитивного права»¹. Эти права, поскольку они принадлежат личности, образуют центр частного права, которое предшествует праву публичному, служащему гарантом прав отдельных лиц. Исходя из доктрины естественного права, само частное право основывается на априорных рационально толкуемых метафизических категориях. Методология естественного права зиждется на вере в тождественность логико-правовых аксиом, составляющих суть позитивных правовых высказываний, и в этом смысле носит спекулятивный характер.

Антитезой метода естественного права выступает исторический подход к праву, истинность которого не зависит «от философских спекуляций по поводу основания права»². Исторический подход, применяемый к определению сферы частного права, основывается на логической индукции, а следовательно, носит вероятностный характер, его результат зависит в конечном итоге от взглядов на эту проблему самого исследователя. Исторический подход и в наше время эффективно решает дидактические задачи, однако не может полноценно решать вопросы, связанные с актуальной правовой действительности. Историческое воззрение оперирует диахроническим измерением фактов, тогда как право (правовая система) предполагает синхроническое изложение нормативных предписаний.

Следовательно, для ответа на вопрос о «природе» предмета частного права необходимо обратиться непосредственно к правовому материалу, составляющему его содержание. Принято считать, что содержание той или иной сферы права представлено совокупностью правовых норм (юридический позитивизм), регулирующих некую группу однородных отношений (социологический позитивизм). Следовательно, именно анализ объекта правового регулирования позволяет ответить на вопрос – относится ли норма права к частноправовой или же публично-правовой сфере. Однако исчерпывается ли предмет правового воздействия лишь некой группой правоотношений?

Даже беглый взгляд на правовую действительность дает основание утверждать, что правоотношение – не единственно возможная форма осуществления правовых прерогатив. Так, юридически значимый интерес указывает на различие между ожидаемым положением управомоченного лица и тем положением, в котором он оказался, и результат которого он может предъявить другому лицу. Далее, кредиторские обязанности служат мерой юридически необходимого поведения активного субъекта отношения (кредитора), направленного на создание условий, необходимых для исполнения обязанностей должника. Кредиторские обязанности влекут определенные отрицательные последствия в случае их неисполнения (несвоевременного исполнения), осуществляемые в рамках правопритязательной процедуры, но не предоставляют требования контрагенту обязанного лица.

Ограничения – специальные прерогативы, устанавливаемые в интересах публичных или частных лиц. Ограничения устанавливаются для определенных правовых ситуаций и возникают в связи с притязаниями заинтересованного лица. Нарушение установленного ограничения – ситуация, противоположная субъективному праву.

Обременения представляют собой частноправовые прерогативы, устанавливаемые в интересах управомоченной стороны правоотношения с целью обеспечить надлежащее исполнение обязанности другой стороной. Сами обременения правами не являются, но, напротив, обременениям служат определенные имущественные права.

Наконец, секундарное право – юридически признанная возможность лица односторонне осуществлять или распоряжаться правом, установленным им или другим лицом предполагает, что «праву на собственные действия управомоченного соответствует не юридическая обязанность, а связанность лица, правовая сфера которого подвергается модификации, заключающаяся в претерпевании правовых последствий реализации секундарного права»³.

Названные выше гражданско-правовые прерогативы отличаются от субъективных тем, что не сообщают субъекту самостоятельного права (дозволения) до момента их нарушения. Следовательно, прерогативы, отличные от субъективных прав (требований), устанавливаются не посредством правоотношений, а при помощи иных правовых форм: правосубъектности, режима объектов прав, юридически значимых фактов и соответствующим этим формам конструкций (лица, объекта права, юридического акта).

Таким образом видно, что правоотношение не может рассматриваться в качестве релевантного и тем более единственного начала, отграничивающего частноправовую сферу от сферы публичного права. В этой связи возникает вопрос о наличии в правовой культуре концепта, обеспечивающего объективацию и субстантивацию субъективных прав (обязанностей), рассматриваемого при определенных условиях базисным элементом сферы частного права. Представляется, что таковым служит категория «юридическая конструкция».

Юридическая конструкция, на наш взгляд, представляет собой первичный правовой концепт, способный к объективации в нормах права и выступающий сущностным (субстанциональным) правовым началом. Определенность в нормах права субъективных прав, иных юридически-значимых прерогатив и обязанностей – правовых форм, отражающих правовую ситуацию – достигается не спонтанно, в силу веления законодателя, а опирается на концепт (идею), обеспечивающий их объективацию и субстантивацию в связи с тем или иным фактом.

Заметим, что на уровне нормативного материала юридическая конструкция не может рассматриваться как сущность; субъекту правового общения она еще безразлична. Объективация элементов является результатом деятельности «законодателя», который воплощает свои нормативно выраженные веления в пределах определенных юридических конструкций. В этой связи справедливо замечание Н.Н. Тарасова: «... юридические нормы есть не что иное, как нормативно текстуальное выражение юридических конструкций»⁴. Воплотившись в норме (нормах) права, юридическая конструкция не утрачивает своих особых свойств, проявляющихся при рассмотрении выполняемых ею функций: онтологической, гносеологической, нормативной⁵. В свою очередь, характер субстанции юридиче-

ская конструкция приобретает, когда в ней обнаруживается некий «центр», находящийся одновременно и в конструкции, и за ее пределами. Таким центром для частноправовых конструкций служит юридический факт (акт). Общим свойством юридических конструкций служит типизация правовой формы, посредством которой они проявляют в себе свои признаки.

¹ Афонасин Е.В., Дидикин А.Б. *Философия права*: Новосибирск, 2006. С. 33.

² Гирке Отто фон. *Естественное право и немецкое право* // В кн: Савиньи Ф.К. фон. *Система современного римского права*. Т. I. / Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М., 2011. С. 41.

³ Третьяков С.В. *Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права* // *Вестник гражданского права*. 2007. №3. С. 253.

⁴ Тарасов Н.Н. *Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы)* // *Российский юридический журнал*. 2000. №3. С. 26–27.

⁵ См.: Черданцев А.Ф. *Толкование права и договора*. М., 2003. С. 254–256.

Н.М. Черноусова

Частная юридическая практика, Московская область

ОЦЕНКА ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ УСТУПКИ ПРАВА ТРЕБОВАНИЯ (ЦЕССИИ) В СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ

В конце 19 века К.Н. Аненков не без сожаления писал о том, что: «...никаких общих определений ни о существе цессии договорных прав, ни об условиях допустимости цессии договорных прав, ни об условиях допустимости цессии этих прав, ни, наконец, о последствиях их цессии, с одной стороны, по отношению взаимных прав и обязанностей cedentia и cessionaria, а с другой – cessionaria и должника, порождаемых цессией, мы в наших гражданских законах не имеем»¹.

Действительно, так сложилось, что в российской правовой науке институт уступки права требования долгое время оставался в тени и это при том, что во многих кодексах европейских стран уже к началу 19 века место цессии законодателем было определено. Несомненно, этот факт не мог не сказаться на развитии и применении института уступки права требования.

В настоящее время интерес к уступке права требования одинаково велик как у современных цивилистов, так и у практикующих юристов. За последние годы появилось большое количество диссертационных работ², направленных на изучение как правовой природы уступки права требования, так и основных проблем применения цессии в нынешних экономических условиях.

Учитывая, что практику применения того или иного института права, также определяют и высшие судебные органы, мы можем утверждать, что внимание к вопросам применения института цессии сохраняется постоянно.

Следует заметить, что взгляды судебных органов на природу института цессии не остаются статичными, а корректируются в результате естественного развития данного института.

Так, представляется интересной динамика изменения точки зрения судебных органов на возмездность и безвозмездность уступки права требования, которая в свою очередь влияет и на действительность цессии.

Анализ практики судов начала 2000-х годов показывает, что отсутствие указания в соглашении уступки права требования какого-либо встречного предоставления могло привести к признанию такого соглашения недействительным. Например, в Постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 01.02.2001 года №Ф04-/592-142/А46-2001 по делу №16-233 обращалось внимание на то, что «...условия договора цессии не содержат указания на обязательство, по которому первоначальный кредитор уступил право требования долга с должника новому кредитору.

С учетом положений об обязательстве и статьи 423 Гражданского кодекса Российской Федерации договор предполагается возмездным, и безвозмездным признается договор, по которому одна сторона обязуется предоставить что-либо другой стороне без получения от нее платы или иного встречного предоставления.

Конструкция договора цессии №375 показывает на безвозмездный характер правоотношений, возникших между сторонами, поскольку первоначальный кредитор уступил право требования долга

500 000 руб. новому кредитору без предоставления какого-либо встречного обязательства и по существу названный договор является ни чем иным как договором дарения»³.

В дальнейшем судебные инстанции стали исходить из того, что отсутствие в соглашении встречного представления не может указывать на ничтожность соглашения. Такая позиция была основана на трактовке пункта 3 статьи 423 Гражданского кодекса Российской Федерации, в силу которого договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания и существа договора не вытекает иное.

При анализе судебной практики применения положений главы 24 ГК РФ, часто встречается формулировка: «Ни законом, ни иными правовыми актами не предусмотрен безвозмездный характер уступки требования». В то же время встречаются и судебные акты, содержащие противоположное мнение. Так, например, Постановление ФАС Московского округа от 01 октября 2001 года⁴ по делу №КГ-А40/5408-01, рассматривая кассационную жалобу по делу о взыскании оплаты научно-исследовательских работ на сумму 391 510 руб. и уплате 220 224 руб. процентов по ст. 395 ГК РФ по иску Пензенского государственного университета (далее – Университет) к НТЦ «Атлас», указал следующее: «...НТЦ "Атлас" имеет перед ЗАО "НИИВТ-Прогресс" задолженность на сумму 361 510 руб. за научно-техническую продукцию. Размер процентов за период с 01.01.99 по 01.04.01 составляет 218 620 руб. 21 коп. В соответствии с соглашением об уступке права требования от 17.03.00 ЗАО "НИИВТ-Прогресс" уступило право требования Университету».

При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции правомерно отменил решение и удовлетворил иск, снизив размер процентов до 109 310 руб.

Довод НТЦ «Центр» относительно ничтожности соглашения об уступке права требования ввиду его безвозмездности отклоняется.

Суд апелляционной инстанции правомерно исходил из того, что п. 4 ст. 575 ГК РФ к спорным отношениям не применяется, поскольку университет не является коммерческой организацией».

Л.А. Новоселова, рассматривая вопрос о возмездности или безвозмездности сделки уступки права требования, отмечает, что «...соглашение об уступке права, которое не содержит указание на встречное предоставление цессионария, следует оценивать как дарение только тогда, когда в тексте будет положительно решен вопрос о безвозмездности передачи либо когда будет доказано отсутствие какой-либо причинной обусловленности безвозмездной уступки права»⁵.

Как указывает Белов В.А., «...уступка требования может быть совершена по самым различным основаниям, ибо законодательство не содержит указания на обязательность для уступки какого-то строго определенного основания (цели) совершения. Можно уступить право требования в качестве отступного, погасив тем самым существующий долг; можно продать право требования, т.е. получить за переданное право денежную сумму; можно принять на себя чужой долг как за вознаграждение со стороны прежнего должника, так и без него, т.е. облагодетельствовать должника, и т.д.»⁶.

Изложенные позиции показывают, что вряд ли возможно считать, что уступка права требования всегда и непременно должна быть возмездной, данный вопрос зависит от субъектного состава участников соглашения об уступке права требования. Такой подход представляется нам убедительным и имеющим важное значение для юридической практики, которая должна быть обоснованной, построенной на доктринальном, историческом подходе к правовой природе уступки права требования, поскольку лишь в случае предсказуемости правоприменителя может быть обеспечена стабильность гражданско-правовых отношений.

¹ Журнал гражданского и уголовного права, 1891 г., книга вторая, с. 68.

² См.: Шестаков В.А. Цессия в российском гражданском праве: автореф. дисс. ... канд. юрид.наук. Волгоград, 2003.; Нариманов Э.Н. Уступка требования (цессия): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2004.

³ См.: СПС Консультант-Плюс: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 01.02.2001 №Ф04/592-142/А46-2001 по делу №16-233.

⁴ Постановление ФАС Московского округа от 01 октября 2001 года по делу №КГ-А40/5408-01 // СПС КонсультантПлюс.

⁵ См.: Новоселова Л.А. Сделка уступки права требования и основания ее совершения // Хозяйство и право. 2003. №7. С. 33.

⁶ См.: Белов В.А. Содержание и действие договора уступки требования // СПС КонсультантПлюс, 2000.

**БАЛАНС ИНТЕРЕСОВ СТОРОН В РЕШЕНИЯХ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Основная цель законодательного регулирования общественных отношений заключается в их максимально эффективной регламентации, которая не может быть успешно решена при отсутствии правовой определенности, на что неоднократно обращалось внимание в практике Конституционного Суда Российской Федерации. Для ее успешного достижения требуется системный подход к выработке законодательных норм, регулирующих правовые отношения. До настоящего времени ни в науке, ни в законодательстве, ни в правоприменительной практике не выработано единого подхода к определению понятия, правовой природы и содержания активно используемой в теории и в правоприменительной практике категории «баланс интересов сторон». В гражданском праве отсутствуют фундаментальные исследования категории «баланс интересов». Обращение к справочно-правовой системе «КонсультантПлюс» выдаёт 130 решений Конституционного Суда Российской Федерации, в том числе 25 постановлений и 105 определений, в которых используется категория «баланс интересов сторон» в сфере гражданских, семейных, трудовых, бюджетных, административных правоотношений («баланс законных интересов мажоритарного акционера и миноритарных акционеров», «баланс законных интересов общества и его акционеров»; «баланс интересов нетрудоспособных, нуждающихся в помощи совершеннолетних детей и их родителей в рамках алиментных отношений»; «баланс конституционных прав, свобод и законных интересов обеих сторон трудового договора», «баланс интересов работников и работодателей»; «баланс публичных и частных интересов», «баланс интересов государства и частных лиц»; «необходимость соблюдения баланса между интересами пассажиров как экономически более слабой стороны в правоотношениях и интересами авиакомпаний-перевозчиков», «баланс конституционно значимых интересов» и т.д.). По данным справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» (по состоянию на 01.09.2012 г.) словосочетание «баланс интересов» встречается в 529 решениях Конституционного Суда РФ, в том числе в 99 постановлениях. Конституционный суд Российской Федерации достаточно часто обращается к принципу баланса интересов всех лиц, участвующих в правоотношениях, вытекающему из системного анализа статей 17, 19 и 55 Конституции Российской Федерации. Установление баланса частных и публичных интересов тесно связано с разграничением частных интересов, особенно в тех сферах, где субъекты обладают конкурирующими интересами, и имеет не столько сугубо теоретическое, сколько практическое значение для сферы правового регулирования. Поиск баланса частных и публичных интересов характерен для всей истории развития гражданского права. Усложнение гражданско-правовых отношений закономерно вызывает необходимость разграничения частных интересов конкретных субъектов гражданского оборота. Проблема разграничения конкурирующих интересов обостряется в условиях монополизации рынка, вызывающей неравенство договорных возможностей сторон, когда важнейшей задачей права становится обеспечение баланса интересов в обществе.

В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (далее – Концепции) и в проекте Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» обеспечение баланса интересов выступает одним из базовых направлений модернизации гражданского законодательства. Базируясь на достижениях европейской доктрины частного права и учитывая отечественные реалии, нашедшие отражение в судебной практике, разработчики Концепции в ряде случаев предлагают отказаться от публичных элементов в пользу частного-правовых подходов. Речь идет, например, об отказе от конфискационной санкции, содержащейся в статьях 179 и 169 ГК РФ, а также об ограничении круга ничтожных сделок и смещении акцента на оспоримость сделок, когда лишение их юридической силы зависит от воли участников правоотношения. Концепция ориентирована не только на усиление частноправовой составляющей: в общих интересах всех участников гражданского оборота влияние государства и состояние гражданского правопорядка в стране должно быть усилено посредством ужесточения правового регулирования, придания ему большей императивности.

Особое значение представляют решения Конституционного Суда Российской Федерации, в которых изложены правовые позиции о целевом предназначении имущественного (исполнительского) иммунитета и о необходимости соблюдения принципа соразмерности при обеспечении защиты прав и законных интересов участников исполнительного производства при оценке конституционности отдельных положений ст. 446 ГПК Российской Федерации с позиции соблюдения баланса интересов. Речь идет, в частности, о Постановлениях Конституционного Суда РФ от 12 июля 2007 г. №10-П и от 24 мая 2012 г. №11-П, где дана оценка норм, устанавливающих в качестве общего правила запрет обращения взыскания по исполнительным документам на жилое помещение (его части), принадлежащее гражданину-должнику на праве собственности и являющееся для него и совместно проживающих с ним членов его семьи единственным пригодным для постоянного проживания и на принадлежащие гражданину-должнику на праве собственности земельные участки, использование которых не связано с осуществлением предпринимательской деятельности. Правовые позиции позволили Конституционному Суду Российской Федерации прийти к выводу о том, что для федерального законодателя не исключается возможность конкретизации положения абзаца второй части первой ст. 446 ГПК Российской Федерации в части, касающейся размеров жилого помещения, на которое может быть обращено взыскание по исполнительным документам, т.е. данное законоположение нуждается в корректировке, поскольку в правоприменительной практике, исходящей из его буквального толкования, не во всех жизненных ситуациях может быть обеспечен надлежащий баланс законных интересов кредитора (взыскателя) и гражданина-должника. Признавая конституционно оправданным запрет обращения взыскания на единственное пригодное для постоянного проживания указанных лиц жилое помещение (его части), Конституционный Суд Российской Федерации обратил внимание на отсутствие в действующем законодательстве ориентиров для определения уровня обеспеченности жильем как разумно достаточного, что в настоящее время, в условиях развивающегося рынка жилья и изменения структуры жилищного фонда, может приводить к несоразмерному и не подкрепленному никакой конституционно значимой целью ограничению прав кредиторов в их имущественных отношениях с гражданами-должниками, а следовательно, нарушать баланс конституционно защищаемых интересов. Отсутствие соответствующих ориентиров и возможности дифференцированного подхода при применении имущественного (исполнительского) иммунитета в отношении жилого помещения, принадлежащего на праве собственности гражданину-должнику и являющегося для него и членов его семьи единственным пригодным для постоянного проживания, не позволяет обратиться по исполнительным документам на такие жилые помещения, размеры которых могут значительно превышать средние показатели, а стоимость может быть достаточной для удовлетворения имущественных притязаний взыскателя без ущерба для существа конституционного права на жилище гражданина-должника и членов его семьи.

Распространение на подобные жилые помещения безусловного имущественного (исполнительского) иммунитета означало бы не столько стремление защитить конституционное право гражданина-должника и членов его семьи на жилище, сколько соблюдение исключительно имущественных интересов должника в ущерб интересам взыскателя, а следовательно, – нарушение баланса интересов должника и кредитора (взыскателя) как участников исполнительного производства. Конституционный Суд Российской Федерации неоднократно обращал внимание федерального законодателя на возможность конкретизации положения абзаца второй части первой ст. 446 ГПК Российской Федерации в части, касающейся размеров жилого помещения, на которое может быть обращено взыскание по исполнительным документам. Необходимость такой конкретизации обусловлена целью соблюдения баланса интересов взыскателя и гражданина-должника в исполнительном производстве (определения от 4 декабря 2003 года №456-О, от 19 апреля 2007 года № 241-О-О, от 20 ноября 2008 года № 956-О-О и др.). Однако, до настоящего времени соответствующие изменения в гражданское процессуальное законодательство не внесены. И это, к сожалению, не единичный пример неопределенности правовой нормы, устранение которой необходимо осуществлять системно.

IV. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

А.В. Акинфиева

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ПРАВОВЫХ ПОЛОЖЕНИЙ О ПРИОБРЕТАТЕЛЬНОЙ ДАВНОСТИ

В судебной практике не сложилось единства мнений по вопросу о том, в каком порядке судом должен разрешаться вопрос о приобретении права собственности в силу приобретательной давности.

В п. 3 ст. 6 Федерального закона от 21.07.1997 №122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» установлено, что право собственности на такое имущество подлежит государственной регистрации после установления *факта приобретательной давности* в предусмотренном законом порядке. Под установлением факта приобретательной давности законодатель имеет в виду установление *факта добросовестного, открытого и непрерывного владения лицом недвижимым имуществом как своим собственным в течение пятнадцати лет*. С наступлением этого факта п. 1 ст. 234 ГК РФ связывает возникновение у этого лица права собственности на это имущество.

Между тем данные положения привели к формированию противоположных позиций.

Согласно одной точке зрения суть решения об установлении приобретательной давности сводится к выводам о праве, которые делает суд (возникло или нет право собственности на имущество). Следовательно, в решении суда непосредственно решается вопрос о праве, что характерно для дел искового производства¹.

Согласно другой точке зрения основанием возникновения права собственности является приобретательная давность, следовательно, право собственности возникает в силу норм ст. 234 ГК РФ, а не на основании решения суда, поэтому дело подлежит рассмотрению в порядке производства по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение (гл. 27 АПК РФ), поскольку суд не признает право – решение необходимо лишь для установления и подтверждения факта приобретательной давности².

Высказано мнение, что при этом устанавливаться должен не факт владения и пользования недвижимым имуществом как своим собственным (п. 1 ч. 2 ст. 218 АПК РФ), а факт истечения срока приобретательной давности, поскольку сама по себе констатация факта владения и пользования имуществом как собственным в отрыве от истечения сроков приобретательной давности не влечет возникновения права собственности на него и не является основанием для регистрации такого права в силу Закона о государственной регистрации прав³.

В свою очередь, истечение срока приобретательной давности является самостоятельным основанием для приобретения права собственности (ст. 234 ГК РФ).

Буквальное толкование ч. 3 ст. 6 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» позволяет сделать вывод о том, что государственная регистрация права собственности в данном случае требует установление факта, имеющего юридическое значение (факта добросовестного, открытого и непрерывного владения как своим собственным недвижимым имуществом в течение 15 лет), по правилам, предусмотренным гл. 27 АПК РФ.

Как указано в п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 17.02.2004 №76 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение», наличие или отсутствие гражданского правоотношения (права собственности, обязательственного правоотношения и др.) не подлежит установлению в порядке особого производства.

Из буквального смысла указанного разъяснения не следует, что в порядке особого производства не может быть решен вопрос об установлении фактов, имеющих значение для приобретения права собственности в силу приобретательной давности.

По мнению С.Ю. Чашковой, по данной категории дел может иметь место как исковое производство, так и особое⁴.

Выбор порядка разрешения судом данного вопроса ряд авторов ставит в зависимость от того, на какое имущество приобретается право собственности в силу приобретательной давности – на бесхозяйное (п. 2 ст. 225 ГК РФ) или на имущество, принадлежащее на праве собственности другому

лицу (ст. 234 ГК РФ). Так, Д. Лапин и Е. Фрейдензон отмечают, что когда приобретательная давность распространяется на имущество, имеющее собственника, положения об установлении фактов, имеющих юридическое значение, неприменимы, поскольку возникает спор о праве. Приобретательная давность здесь устанавливается в порядке искового производства, в процесс при этом необходимо привлечь собственника имущества⁵.

Ряд авторов критически оценивают использование при решении данного вопроса искового порядка. Так, по мнению Л.В. Кузнецовой, в случаях, когда закон не ставит возникновение права собственности на имущество в зависимость от судебного решения о признании такого права (ст. 234 ГК РФ) и последнее при этом никем не нарушается и не оспаривается, обращение в суд с иском о признании права не соответствует требованиям действующего гражданского и процессуального законодательства, не отвечает целям и задачам института защиты гражданских прав, усложняет и затрудняет работу судебных органов⁶. В данном случае целесообразнее, как полагает Л.В. Кузнецова, использовать процессуальные возможности по установлению фактов, имеющих юридическое значение.

В практике окружных судов по данной категории дел имеет место как (в большинстве случаев) исковый порядок (постановления ФАС Северо-Западного округа от 19.02.2007 №Ф04-360/07, ФАС Волго-Вятского округа от 05.02.2007 №А28-2839/06, ФАС Московского округа от 09.03.2006 №А40-1047/06), так и особый порядок (постановления ФАС Уральского округа от 20.06.2001 №Ф09-955/01, ФАС Московского округа от 07.06.2006 №А41-4733/06)⁷.

Представляется, что применение того либо иного порядка зависит от наличия спора о праве. В случае наличия такового признание права в силу приобретательной давности подлежит в исковом производстве, что соответствует статье 3 ГПК РФ, 4 АПК РФ. В этой ситуации у сторон не возникает сомнений в определении надлежащего ответчика.

В случае же отсутствия нарушенного права, отсутствия спора о праве, думается, подлежит применению особый порядок (установление факта, имеющего юридическое значение).

Однако на сегодняшний день закон не содержит четкого разграничения, что приводит зачастую к ошибочному выбору заинтересованным лицом способа защиты нарушенного права и механизма его реализации.

¹ Новосёлова Л.А., Рожкова М.А. Об установлении фактов, имеющих юридическое значение // Арбитражная практика. 2004. №5.

² Жабреев В.С. Приобретение вещных прав на недвижимость посредством приобретательной давности // Цивилистическая практика. 2005. № 2. Аналогичная позиция высказана также Кузнецовым А.В. в комментарии к Федеральному закону «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (Кузнецов А.В., Х, Херрманн. Законодательство и экономика. 1998. №6)

³ Петренко Н.П. Установление фактов, имеющих юридическое значение // Арбитражная практика. 2003. №8.

⁴ Чашкова С.Ю. Приобретательная давность как основание возникновения права собственности на землю // Сибирский юридический вестник. 2001. №2. С. 53.

⁵ Лапин Д., Фрейдензон Е. Приобретательная давность как право на имущество // Бизнес-адвокат. 2004. №19.

⁶ Кузнецова Л.В. Некоторые вопросы признания права как способа защиты гражданских прав // Право и экономика. 2004. №11.

⁷ Доступ из справочно-правовой системы «Консультант-плюс».

А.В. Акинфиева, Д.Н. Латыпов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

**НЕКОТОРЫЕ ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ПОСЛЕДУЮЩЕГО ОДОБРЕНИЯ
СОБСТВЕННИКОМ СДЕЛКИ, В РЕЗУЛЬТАТЕ СОВЕРШЕНИЯ КОТОРОЙ ИМУЩЕСТВО
ВЫБЫЛО ИЗ ВЛАДЕНИЯ СОБСТВЕННИКА ПОМИМО ЕГО ВОЛИ
(ОБЗОР ПРАКТИКИ АРБИТРАЖНЫХ СУДОВ)**

На сегодняшний день встречается достаточное количество однотипных случаев, при которых изначально имущество выбывает из владения собственника помимо его воли в результате совершения ничтожной сделки неуправомоченным лицом. Впоследствии по прошествии времени первоначальный собственник своими конклюдентными действиями выражает некое согласие (или одобрение) относительно данной сделки. Возникает вопрос: исключает ли подобное одобрение возможность истребования имущества обратно собственником либо подобный риск необходимо иметь в виду текущим владельцам на протяжении (как минимум) всего срока исковой давности?

Указанная проблема и обусловила актуальность выбранной темы исследования. В этой связи, думается, необходимо обратиться к судебной-арбитражной практике в целях поиска ответов на подобные вопросы.

Итак, в силу положений ст. 301 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) собственник вправе истребовать свое имущество из чужого незаконного владения.

Согласно п. 1 ст. 302 ГК РФ если имущество возмездно приобретено у лица, которое не имело права его отчуждать, о чем приобретатель не знал и не мог знать (добросовестный приобретатель), то собственник вправе истребовать это имущество от приобретателя в случае, когда имущество утеряно собственником или лицом, которому имущество было передано собственником во владение, либо похищено у того или другого, либо выбыло из их владения иным путем помимо их воли.

В свою очередь, в соответствии с п. 1 ст. 183 ГК РФ при отсутствии полномочий действовать от имени другого лица или при превышении таких полномочий сделка считается заключенной от имени и в интересах совершившего ее лица, если только другое лицо (представляемый) впоследствии прямо не одобрит данную сделку.

Наверное, наиболее ярким (классическим) примером выбытия имущества из владения помимо воли собственника является заключение договора об отчуждении имущества, сопряженное с подделкой подписи лица, являющегося собственником отчуждаемого имущества.

В одном случае суд пришел к выводу о том, что подложность учиненной в договоре подписи истца (собственника) означает совершение сделки от его имени неустановленным лицом в отсутствие полномочий, а обращение истца в суд с иском об оспаривании такого договора – отсутствие одобрения действия такого лица. Такая сделка, в силу статей 182, 193, п. 3 ст. 308 ГК РФ, не создает правовых последствий для Л.М. Фомкиной, так как она стороной в сделке де-факто не является. При этом такая сделка является недействительной (ничтожной) на основании ст. 168 ГК РФ, как совершенная с нарушением ст. 209 ГК РФ, поскольку отсутствует как волеизъявление на отчуждение имущества, так и последующее одобрение сделки (Постановление ФАС Поволжского округа от 04.06.2010 по делу №А72-9737/2009).

Следовательно, если исходить от обратного, то согласно логике суда наличие последующего одобрения собственником устраняет порок такой сделки, что влечет отказ в удовлетворении соответствующего иска об оспаривании сделки и истребовании имущества из чужого незаконного владения.

Другой позиции придерживается Семнадцатый арбитражный апелляционный суд РФ: поскольку оспариваемые сделки не соответствуют требованиям закона (статьи 53, 160, 362, 339 ГК РФ) и являются недействительными независимо от такого признания их судом (ничтожная сделка), их последующее одобрение не имеет правового значения для дела, так как гражданские права и обязанности из данных сделок не возникают (Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 06.10.2010 №17АП-9475/2010-ГК).

Высший арбитражный суд РФ несколько конкретизировал обстоятельства, при которых одобрение сделки не подлежит применению. Так, ВАС РФ указал, что по общему правилу ст. 168 ГК РФ сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна. При этом установление обстоятельств об одобрении сделки входит в предмет доказывания по делу в случаях заключения договора известным лицом, но не имеющим права на совершение сделки. Заключение сделки неизвестным лицом исключает применение положений ст. 183 ГК РФ (Определение ВАС РФ от 11.02.2011 №ВАС-701/11).

В принципе аналогичного мнения придерживаются и Федеральный арбитражный суд Уральского округа (Постановление ФАС УО от 23.10.2007 г. по делу №Ф09-8610/07-С5), и Семнадцатый арбитражный апелляционный суд (Постановление 17ААС от 06.10.2010 №17АП-9475/2010-ГК): положения об одобрении сделки могут быть применены в случаях заключения договора известным лицом, но не имеющим права на совершение такой сделки (ст. 183 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункты 1, 4, 5 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.10.2000 №57 «О некоторых вопросах практики применения ст. 183 Гражданского кодекса Российской Федерации»). Подписание договоров неизвестным лицом исключает применение при разрешении такого спора положений ст. 183 Гражданского кодекса Российской Федерации (Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 06.10.2010 №17АП-9475/2010-ГК).

Нам представляется, что последняя позиция не вполне отвечает принципам гражданского права, закрепленным в ст. 1 ГК РФ. По общему правилу стороны свободны в осуществлении своих гражданских прав, следовательно, стороны свободны и в совершении любых юридически значимых действий, направленных на устранение пороков сделки, состоящих в совершении сделки неуправо-

моченным лицом. При этом подобный подход будет способствовать стабильности гражданского оборота.

В противном случае предъявление исков об оспаривании сделок и истребовании имущества после совершения собственником действий по одобрению таких сделок, думается, будет представлять собой злоупотребление правом, что в силу ст. 10 ГК РФ не допускается.

Ф.М. Аминова

Российско-Таджикский (славянский) университет, г. Душанбе

ЗАЧАТКИ ПОЯВЛЕНИЯ ИНСТИТУТА ЦЕННЫХ БУМАГ НА ТЕРРИТОРИИ СОВРЕМЕННОГО ТАДЖИКИСТАНА

Становление института ценных бумаг имеет относительно недолгий путь своего развития в истории частного права, начало которого приходится на период VIII–XIX вв. Данное правовое явление, – писал один из первых исследователей института ценных бумаг Н.О. Нерсесов, – неизвестно римскому праву, зачатки его мы находим лишь в Средневековье¹. Именно на рубеже XI века китайские купцы привозят в Европу рецепт производства бумаги, известный китайцам примерно с VIII века нашей эры, которая принимается европейскими купцами и менялами как материал, наиболее удобный для выполнения документов. Этим самым создается одна из предпосылок появления ценных бумаг.

Применительно же к правовой истории Таджикистана период становления института ценных бумаг приходится на эпоху Великого шелкового пути, породившую многие институты нового и новейшего времени, среди которых можно также назвать чековую систему. Использование в торговых операциях системы чека (чек в переводе с персидского означает «документ», «расписка») было обусловлено тем, что перевозить на далекие расстояния крупные суммы наличных денег было опасно. Поэтому купцы Шелкового пути стали сдавать свои наличные деньги кому-либо из достойных коммерческого доверия саррафов (менял) в обмен на расписку, которую купец мог предъявить в тех городах Шелкового пути, где работали доверенные люди этого менялы-банкира, и получить вновь наличные деньги за вычетом платы за услуги. Система чеков на предъявителя могла работать, только если менялы из отдаленных городов Шелкового пути лично доверяли друг другу как членам одного религиозного сообщества. Поэтому чеки начали использоваться лишь примерно с X века, когда торговля на протяжении всего Шелкового пути стала контролироваться мусульманами и евреями².

Предпосылкой же появления такой разновидности ценных бумаг, как облигации, явилось развитие заемных отношений, которые на территории современного Таджикистана получили свое распространение еще в Парфянский и Сасанидский периоды. Древнейшие договоры о займе нашли правовое регулирование в Сасанидском судебнике. Такие заемные соглашения скреплялись печатью контракта о займе. Данный документ обеспечивал кредитору правовую защиту его владения залогом и служил также вексельным документом. Поэтому находящийся у кредитора экземпляр контракта (экземпляр кредитора) подлежал возвращению должнику непосредственно при погашении им долга. Если кредитор под тем или иным предлогом откладывал передачу должнику этого документа, должник был вправе не погашать долга вплоть до возвращения ему документа, и вызванные этим оттяжка погашения долга не создавала нарастания процентов³.

В Парфянский и Сасанидский периоды становления правовой системы получили распространение три разновидности займа, урегулированные Судебником Ишобохта: процентный заем, беспроцентный заем, торговые или морские ссуды. Причем был возможен переход одного вида займа в другой.

Однако наиболее ярким по своей природе примером займа того времени, отражающим сходство с займом по облигациям, являлся третий вид займа – торговые или морские ссуды, при которых в качестве должника выступало товарищество купцов, осуществляющее торговую деятельность. По причине отсутствия больших денежных сумм, необходимых для торговой деятельности, купцы брали в заем деньги на определенный в договоре срок. Вознаграждением за предоставленный заем выступала определенная денежная сумма, выплачиваемая должником сверх денежной суммы первоначально взятой в долг. Интересным представляется в данном случае указание на возможность кредитора в

зависимости от своих интересов передавать свое право требования другому лицу, что схоже, по нашему мнению, с признаком оборотоспособности современных облигаций⁴.

Дальнейшее свое развитие заемные отношения получили в Саманидский период, правовая система которого заимствовала нормы Авесты, Вавилонского Талмуда и Судебника Ишобохта в области имущественного права, собственности и владения, способы приобретения имущественных прав, обязательственного права, в том числе и договора займа⁵.

Зачатки другого вида ценных бумаг – акций, обнаруживаются на территории современного Таджикистана в эпоху Саманидской империи. Конечно, правовая система Саманидов не знала самого понятия «акция», но уже предусматривала систему дольщицкого участия в обществе, явившуюся, как известно, началом появления акционерного участия в капитале. Как пишет по этому поводу А.В. Майфат, долевое и акционерное участия в обществе имеют одинаковую правовую природу и представляют собой организационное субъективное право «быть участником общества»⁶.

В частности, одной из форм держания чужой земли, известной мусульманскому населению, являлось музораат, представляющее собой держание земли из доли урожая. Собственники земли носили название «дехканов», а дольщики назывались «шериками» или «барзигар»⁷, а иногда «чарыками» и «карандами»⁸. С точки зрения шариата съемка полевых угодий для обработки их из доли урожая представляло собой товарищество между капиталом и трудом, относительно продукта. Владелец недвижимости участвовал в доле продукта постольку, поскольку вносил в операцию капитал в виде земельной собственности и семян. Съемщик же имел свою долю в продукте постольку, поскольку вносил свой труд. Постановления о дольщиках были основаны не на религиозных постановлениях и доказывались не изречениями Корана и хадисами, а заключали в себе существующие среди населения обычаи, игнорировать которые большинство мусульманских правоведов не нашло возможным. Такие обычаи наблюдались и вносились в законодательные кодексы, главным образом Хоросана и других частей Персии⁹.

Однако приведенные примеры заемных и дольщицких отношений, получивших распространение на территории современного Таджикистана в средние века, явились лишь предпосылками развития правоотношений в сфере применения ценных бумаг. Собственно же применение ценных бумаг в гражданском обороте в современном их понимании наблюдается на территории современного Таджикистана лишь во второй половине XIX века и связано с присоединением Средней Азии к России и распространением на ее территории имперского законодательства. Это связано с тем, что в период господства над Средней Азией Российской империи, когда в результате проведения некоторых аграрных реформ в области землепользования, строительства железных дорог, открытия фабрик и заводов, учреждения отделений банков, установления экономических связей с Российской империей, развития производства хлопка-сырца и хлопкоочистительной промышленности, получили определенное распространение кредитно-расчетные, вексельные, и иные правоотношения, призванные регулировать зарождавшиеся в Туркестанском генерал-губернаторстве и входившим в него Северном Таджикистане капиталистические отношения¹⁰. Изменения в политической и экономической жизни Туркестана привели к появлению городских и сельских предпринимателей, а также функционированию различного рода юридических лиц, в том числе и акционерных товариществ или как их еще называли компаний «на паях», «на акциях», «по участникам», явившихся одними из первых юридических лиц, эмитировавших акции.

¹ См.: Нерсесов Н.О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права // Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. М., 1998. С. 147.

² См.: История Таджикского народа. Под ред. Негматова Н.Н. Том II. Эпоха формирования Таджикского народа. Д. 1999. С. 386.

³ См.: Периханян А.Г. Общество и право Ирана в парфянский и сасанидский периоды. М.: «Наука», 1983. С. 236.

⁴ См.: Периханян А.Г. Указ. соч. С. 237.

⁵ Сафаров И. Правовая система государства Саманидов (IX–X вв.). Душанбе: «Ирфон», 1999. С. 104.

⁶ См.: Майфат А.В. Некоторые особенности акционерных отношений // Юридический мир. 2000. №4. С. 33.

⁷ См.: Сафаров И. Правовая система государства Саманидов (IX–X вв.). Душанбе: Ирфон, 1999. С. 128.

⁸ См.: Шишов А. Таджики. Этнографическое исследование. Алматы, 2006. С. 160.

⁹ См.: Шишов А. Указ. соч. С. 161.

¹⁰ См.: Тахиров Ф.Т. Правовая система дореволюционного Таджикистана. Душанбе: ТГНУ, 1998. С. 21.

ПРИЧИТАЮЩИЕСЯ ПРОЦЕНТЫ В ТЕОРИИ И ПРАКТИКЕ ПРИМЕНЕНИЯ

Интенсивное развитие рынка финансовых услуг требует адекватного этому развитию правового регулирования данных отношений, особенно в сфере потребительского кредитования. Существующая судебная практика выявляет целый комплекс проблем в правовом регулировании указанных правоотношений, что, с учетом отсутствия четкого и ясного использования правовых конструкций создает дополнительные трудности в правоприменительной практике и затрудняет развитие данных правоотношений. Одним из самых неисследованных вопросов в сфере регулирования кредитных правоотношений является определение правовой природы причитающихся процентов, возможность взыскания которых с заемщика предусмотрена статьями 811, 813, 814 ГК РФ. В соответствии с п. 2 ст. 819 ГК РФ к отношениям по кредитному договору применяются правила, регулирующие заемные правоотношения, в связи с чем к правоотношениям из кредитного договора положения статей 811, 813, 814 ГК РФ являются применимыми.

Законодатель предусмотрел следующие основания для досрочного возврата займа вместе с причитающимися процентами: нарушение заемщиком срока, установленного для возврата очередной части займа, если договором займа предусмотрено возвращение займа по частям (в рассрочку); невыполнение заемщиком предусмотренных договором обязанностей по обеспечению возврата суммы займа, а также при утрате обеспечения или ухудшении его условий по обстоятельствам, за которые займодавец не отвечает; нецелевое использование суммы займа, если договор займа заключен с условием использования заемщиком полученных средств на определенные цели или при не обеспечении заемщиком возможности осуществления займодавцем контроля за целевым использованием суммы займа.

Действующие нормы ГК РФ не дают четкого понимания того, к какому институту гражданского права следует отнести причитающиеся проценты, что вызывает проблемы в практике применения вышеуказанных норм.

Прежде всего, следует определиться с самим понятием «причитающиеся». Если исходить из этимологии слова «причитаться», то следует сделать вывод о том, что причитаться может только то, на что лицо имеет право. В конструкции договора процентного (возмездного) займа и кредитного договора проценты являются платой за кредит, то есть, встречным предоставлением заемщика за пользование денежными средствами кредитора. При таком подходе причитаться кредитору могут только те проценты, которые будут начислены заемщику за время фактического пользования заемными денежными средствами. Именно с такой позиции законодатель использует данное понятие («причитаться») в целом ряде норм ГК РФ (статьи 37, 78, 85, 169, 179, 256, 303, 326, 380, 395, 514, 709, 712 и другие нормы ГК РФ). Таким образом, причитающиеся проценты не могут быть квалифицированы как плата за кредит.

Обратимся к практике применения норм статей 811, 813, 814 ГК РФ. В соответствии с разъяснениями Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (Постановление от 8 октября 1998 года №13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами» в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 4 декабря 2000 года №34/15) в случаях, когда на основании пункта 2 статьи 811, статьи 813, пункта 2 статьи 814 ГК РФ займодавец вправе потребовать досрочного возврата суммы займа или его части вместе с причитающимися процентами, проценты в установленном договором размере (статья 809 ГК РФ) могут быть взысканы по требованию займодавца до дня, когда сумма займа в соответствии с договором должна была быть возвращена. Таким образом высшие судебные инстанции дали расширительное толкование термину «причитающиеся проценты», фактически закрепив правило об уплате заемщиком процентов в том числе и за период, когда заемщик не пользуется суммой займа в связи с ее досрочным возвратом. Указанный подход нашел свое подтверждение в судебной практике, поскольку суды, принимая решения по спорам о взыскании причитающихся процентов безоговорочно руководствовались вышеуказанным Постановлением №13/14.

При данном подходе правового регулирования указанных правоотношений на заемщика, допустившего нарушение условий договора займа (кредитного договора), даже несмотря на то, что нарушение произошло не по его вине (например, в случае гибели предмета залога, предоставленного третьим лицом), либо нарушение условий договора является незначительным (однократное допущение просрочки возврата очередной части займа при возвращении займа по частям, на незначительный период), налагаются весьма серьезные санкции: досрочный возврат всей суммы займа и уплата процентов за весь период, на который заключен договор. В случае заключения договора на длительный срок и допущении заемщиком нарушений, установленных статьями 811, 813, 814 ГК РФ, в первые месяцы пользования займом, заемщик должен уплатить займодавцу сумму с учетом причитающихся процентов, не сопоставимую по своей величине с суммой полученного займа, иногда ее превышающую. Применение двойной санкции (досрочный возврат кредита и уплата причитающихся в данном контексте процентов) в данном случае нарушает основные принципы ответственности в гражданском праве, поскольку санкция в гражданском праве направлена на восстановление нарушенного права, носит компенсаторно-восстановительный характер, а правовое регулирование направлено на достижение реального баланса интересов обеих сторон. Кроме того, если считать причитающиеся проценты санкцией, вполне логичным было бы поставить вопрос о возможности применения статьи 333 ГК РФ. Однако, данный подход по отнесению причитающихся процентов к санкции не соответствует правовой природе данных процентов. Конституционный Суд Российской Федерации (Определение от 15 января 2009 года №243-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Трофимова Алексея Александровича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 статьи 811 Гражданского кодекса Российской Федерации»), не отрицая, а фактически поддержав правовую позицию Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенную в Постановлении от 8 октября 1998 года №13/14, в то же время справедливо определил уплату причитающихся процентов как возможность получения кредитором компенсаций в счет предполагаемого дохода, не полученного из-за действий должника. Действительно, положения ГК РФ о взыскании причитающихся процентов имеют своей целью защиту интересов кредитора в получении дохода по процентному займу и, по существу, возлагают на должника обязанность по возмещению кредитору убытков в виде неполученных доходов (упущенной выгоды), вызванных досрочным возвратом суммы займа. Взимание причитающихся процентов в этом смысле представляется достаточно убедительным аргументом для их отнесения к упущенной выгоде, хотя при этом следует обратить внимание на два достаточно весомых обстоятельства. Во-первых, следует учитывать особый статус кредитора-кредитной организации. Кредитная организация является профессиональным участником финансового рынка, поэтому досрочно возвращенная заемщиком сумма займа будет выдана в качестве кредита другому заемщику. В случае получения от нового заемщика процентов за пользование суммой займа и причитающихся процентов от предыдущего заемщика, начисленных до дня возврата кредита, определенного в договоре, кредитная организация на одну и ту же сумму денежных средств получит двойной доход. Во-вторых, статья 15 действующего Гражданского Кодекса РФ регулирует отношения по возможности взыскания упущенной выгоды. В данном контексте, предоставляя кредитной организации возможность взыскивать причитающиеся проценты как упущенную выгоду, следует признать дублирование с положениями ст. 15 ГК РФ. Поскольку законодатель нормой статьи 15 ГК РФ установил возможность взыскания упущенной выгоды, вряд ли следует повторяться и специально оговаривать такую возможность применительно к займу.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного суда РФ, изложенной в пункте 6 «Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского Кодекса Российской Федерации о кредитном договоре» от 13 сентября 2011 года, причитающиеся проценты по своей правовой природе должны относиться к неполученным доходам, и, с учетом специфики деятельности кредитных организаций как профессиональных кредиторов, могут быть взысканы с заемщика только для возмещения убытков кредитной организации. Обоснованным может являться взыскание неполученных доходов в виде разницы в процентных ставках по кредиту, который был возвращен заемщиком, и процентной ставкой по выдаваемым в настоящее время кредитам; проценты, взыскиваемые кредитной организацией за время, необходимое для размещения досрочно возвращенного кредита.

С позиции правовой науки Высший Арбитражный суд РФ по сути заменил институт причитающихся процентов возможностью взыскания неполученных доходов, предусмотренных действующим ГК РФ, признав тем самым невозможность применения причитающихся процентов при осуществлении банковской деятельности.

Данный подход Высшего Арбитражного суда РФ представляется обоснованным и учитывающим баланс интересов заемщика и кредитной организации. В то же время, необходимо отметить, что руководящие разъяснения Высшего Арбитражного суда РФ не являются обязательными для судов общей юрисдикции, которые в своей практической деятельности будут продолжать руководствоваться Постановлением №13/14, что явно негативно будет сказываться на единообразии применения правовых норм. В такой ситуации наблюдается явная необходимость внесения изменений в правовое регулирование указанных отношений на уровне ГК РФ, проект изменений и дополнений к которому предусматривает замену причитающихся процентов «процентами, причитающимися на момент фактического возврата». Включенные в проект изменения направлены на усиление компенсаторной функции гражданского законодательства, на сохранение реального баланса интересов сторон кредитного договора, ни в коей мере не нарушают возможность обеспечения добросовестного и надлежащего осуществления гражданских прав и исполнения гражданских обязанностей, сохраняя кредитным организациям возможность взыскания неполученных доходов в рамках общих норм о взыскании убытков.

А.В. Богданов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРОТИВОПРАВНЫЙ ХАРАКТЕР ДЕЙСТВИЙ (БЕЗДЕЙСТВИЯ) УПРАВЛЯЮЩЕЙ ОРГАНИЗАЦИИ АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА КАК УСЛОВИЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Ответственность управляющей организации (управляющего) является следствием совершения гражданского правонарушения. Исходя из общетеоретических положений состав правонарушения включает в себя четыре элемента – объект, объективная сторона, субъект и субъективная сторона правонарушения. Однако это общетеоретическое положение не было воспринято наукой гражданского права: в цивилистике была разработана отраслевая конструкция оснований гражданско-правовой ответственности – убытки, противоправное поведение, причинно-следственная связь и вина.

Элементы указанной конструкции подлежат установлению в следующем порядке: сначала элементы, относящиеся к объективной стороне правонарушения, - убытки, противоправное поведение и причинно-следственная связь, а затем подлежит установлению элемент, относящийся к субъективной стороне, – вина. Отсутствие элементов объективной стороны правонарушения свидетельствует об отсутствии события гражданского правонарушения, поэтому они подлежат выявлению в первую очередь. Вина в гражданском праве презюмируется.

Для решения вопроса о привлечении управляющей организации (управляющего) к гражданско-правовой ответственности необходимо установление противоправного характера действий (бездействия) управляющей организации, повлекших причинение убытков обществу, акционерам или кредиторам общества.

Противоправный характер действий (бездействия) управляющей организации (управляющего) является необходимым элементом состава гражданско-правовой ответственности лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа акционерного общества, поскольку наличие убытков, причиненных в результате правомерных действий (бездействия), исключает возможность применения к ней ответственности.

Противоправные деяния, как одно из оснований гражданско-правовой ответственности, необходимо определять как противоположность правомерным действиям лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа общества, а именно обязанности действовать в интересах общества добросовестно и разумно.

Необходимо отметить, что в вопросе об ответственности лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа акционерного общества, законодатель отделяет фикцию органа как составной части акционерного общества от конкретного лица, наделенного полномочиями органа, признавая за ним наличие собственной воли. Именно ситуация несоответствия воли лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа акционерного общества, воле самого общества означает, что указанное лицо действует не в интересах общества.

Правомерные действия (бездействие) управляющей организации (управляющего) должны соответствовать двум критериям:

- действия (бездействие) должны осуществляться исключительно в интересах общества;
- действия (бездействие) должны осуществляться добросовестно и разумно.

Представляется, что действия (бездействие) управляющей организации (управляющего) должны отвечать двум названным критериям одновременно, в совокупности, как это определено в п. 3 ст. 53 Гражданского кодекса РФ: «действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно». Осуществлять полномочия единоличного исполнительного органа общества не в интересах общества, но добросовестно и разумно невозможно. Формулировка «действовать в интересах общества» предполагает, что такие действия осуществляются добросовестно и разумно, и, наоборот, если лицо, осуществляющее функции единоличного исполнительного органа, действует недобросовестно и неразумно, значит, такое лицо действует вразрез интересам общества, поскольку невозможно осуществлять права и исполнять обязанности недобросовестно и неразумно, но в интересах общества.

Таким образом, формула «действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно» является единой, несмотря на то, что термины «добросовестно» и «разумно» имеют разное значение.

Федеральный закон «Об акционерных обществах» от 26 декабря 1995 г. №208-ФЗ (ред. от 14.06.2012 г.) не содержит перечня действий (бездействия), совершаемых лицом, осуществляющим функции единоличного исполнительного органа, которые признавались бы противоправными и которыми указанное лицо могло бы причинить убытки обществу, за исключением правил о нарушении специального порядка совершения сделки с заинтересованностью, предусмотренного ст. 83 Федерального закона «Об акционерных обществах». Совершение сделки с заинтересованностью без одобрения ее условий уполномоченным органом общества влечет в силу положений п. 2 ст. 84 указанного закона привлечение заинтересованного лица к ответственности за убытки, возникшие у общества в результате совершения сделки с заинтересованностью. Таким образом, в случае, если лицо, осуществляющее функции единоличного исполнительного органа акционерного общества, утаит информацию, которая должна быть предоставлена в соответствии с правилами ст. 82 Федерального закона «Об акционерных обществах», и в результате этого будет совершена сделка с заинтересованностью и обществу будут причинены убытки, то такое лицо может быть привлечено к ответственности с возложением на него обязанности по возмещению убытков общества, возникших в результате совершения сделки с заинтересованностью. Заинтересованное лицо несет перед обществом ответственность в размере убытков, причиненных обществу.

Последующее одобрение сделки исключает в действиях лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа акционерного общества, элемент противоречия интересам общества, поскольку общество в лице своего органа, уполномоченного на решение соответствующего вопроса, выразило волю на принятие правовых последствий совершенной сделки на само общество.

С.Г. Воронцов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ОТДЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ТЕРМИНОЛОГИЧЕСКОЙ СОСТОЯТЕЛЬНОСТИ ТЕОРИИ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА В РОССИИ

В Конституции РФ 1993 г. Россия, среди прочих обозначений, характеризуется как «правовое государство». Этот термин, ставший в одночасье модным и часто употребляемым в учебной и научной литературе постсоветского периода, вместе с тем, так и не приобрел определенного, бесспорного содержания. Не смотря на то, что многие авторы современных изданий по теории права теперь включают в свои работы соответствующие разделы, вопросов к российской адаптации теории «правового государства» остается множество.

В буквальном понимании русскоязычный термин «правовое государство», как логично можно было бы предположить, означает политическую организацию, использующую исключительно или преимущественно правовые способы в регулировании общественных отношений. Таким образом, презюмируется наличие теоретического основания, в соответствии с которым, все государства можно классифицировать, разделив на «правовые» и «неправовые». Вместе с тем, как известно, общая теория права, за малым исключением (имеется в виду дореволюционная дискуссия о том, что было раньше, право или государство), отрицает существование государства без права. Право является обя-

зательным, неотделимым атрибутом государства и представляется совершенно очевидным, что этимологически, термин «правовое государство» сообразен «жидкой воде» или «масляному маслу». В любом государстве правовые регламентации есть, а, следовательно, в силу их необходимого наличия, каждое государство, так и или иначе является правовым. Таким образом, при делении государств на правовые и «неправовые», речь может идти не об отсутствии или наличии права в стране, а только о соотношении права и «неправа», или о наличии права определенного качества.

Что касается первого варианта совокупных признаков (соотношения права и «неправа»), необходимо отметить, что в юридической литературе нет точного понимания того, что же такое «неправо». По большому счету, под определение «неправа» должны попадать все неправовые формы регулирования общественных отношений. Но они далеко не однородны. Среди них есть, к примеру, «социально полезные», но неправовые (нормы нравственности, морали, религий и т.д.). Есть так же асоциальные регуляторы общественных отношений («бандитские понятия», «воровские кодексы чести», коррупция, прямое физическое насилие и т.п.). Кроме того, в литературе предложено относить к «неправу» и законы, в основе которых лежит несправедливость, узаконенный произвол и т.д. Сколько должно быть права и «неправа» в стране, что бы страна могла считаться правовым государством? Ни каких конкретных рекомендаций, точек зрения и мнений по этому поводу современная научная литература, посвященная проблематике теории «правового государства» не предлагает. Для решения вопроса о правовом характере государств теория использует второй из названных выше критериев – особые качества права.

Какой спецификой наделяют «правовое государство» современные российские юридические издания? Многочисленные источники указывают на необходимость реализации в «правовых государствах» совокупности принципов, к числу которых, чаще всего относят: «верховенство закона», «разделение властей», «реальность гарантий прав, свобод человека и гражданина» и т.д. Теоретически все это выглядит вполне убедительно, но ровно до тех пор, пока вы не попытаете при помощи указанных критериев составить характеристику того или иного государства на предмет определения его «правового» или «неправового» статуса.

При осуществлении этой попытки сразу же возникает несколько проблем. Во-первых, выясняется, что все указанные принципы продекларированы в подавляющем большинстве современных развитых правопорядков. Следовательно, скорее они являются не субъективными характеристиками отдельных демократических «правовых» государств, а опосредуют собою объективную необходимость, без подчинения которой эффективное управление сложными социальными системами не представляется возможным. Чем, к примеру, является принцип «разделение властей», если не способом повышения эффективности работы государственного аппарата за счет введения строгой специализации?

Другие проблемы связаны с отсутствием четких критериев, при помощи которых можно прийти к однозначным выводам о фактической реализации этих принципов в стране. Как, например, определить фактическую реализацию принципа «верховенства закона»? В одном из последних изданий учебника «Теории государства и права» Московского государственного университета, в частности, предлагается оценивать фактическую реализацию этого принципа путем подсчета соотношения «чистых законов» и подзаконных нормативных актов. И далее, на примере анализа нормативного массива СССР, в котором, как известно, преобладало подзаконное нормативное регулирование, делается вывод о неправовом характере советского государства.

Вряд ли можно серьезно относиться к предложенному способу, поскольку фактически нам нужно отказать в правовой природе нормам, содержащимся в отличных от закона источниках. Проще говоря, давайте считать богатыми не тех, у кого есть деньги, а тех, у кого в пиджаке денег больше, чем в карманах брюк. Абсурдность подобного подхода, по-моему, очевидна.

Резюмируя вышеизложенное, необходимо сказать, что буквальное русскоязычное значение термина «правовое государство» расходится с его предполагаемой смысловой нагрузкой и вызывает непреодолимое лингвистическое неприятие. Теоретически, видовое вычленение государства из общего рода при помощи дополнительного признака, предполагает наделение его специфическим свойством, отличительным превосходством. Поэтому более точное выражение этого смысла на русском языке соответствовало термину «правое» или «правильное», т.е. основанное на правде, социальной справедливости и т.д. Характеристика государства в качестве «правового» на русском языке, учитывающая традиционное правоведение, звучит несколько тавтологично, запутанно и труднообъяснимо.

В теоретическом плане концепция правового государства в России является весьма противоречивой. Что, в частности, не позволяет всерьез говорить и о возможностях ее практической реализации. Поэтому одноименная конституционная формула является на сегодняшний день слабо адапти-

рованным иностранным заимствованием, выражающим бессодержательную политическую декларацию.

Является ли это сугубо российской проблемой? Нет. Справедливости ради, надо отметить, что определенную «слабость» к «модным» конституционным регламентациям могут испытывать любые государства. В том числе и самые, казалось бы идеологически консервативные. В качестве примера можно привести Конституцию Китайской Народной Республики, в тексте которой термин «правовое государство» появился приблизительно в то же самое время, что и у нас.

В.Г. Голубцов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ВВЕДЕНИЕ ИНСТИТУТА ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО СУДЕБНОГО ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА КАК ОЧЕРЕДНОЙ ЭТАП СУДЕБНОЙ РЕФОРМЫ: АКТУАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ

О необходимости закрепления правил о судебном представительстве и ограничении возможности участия профессионалов в арбитражном судопроизводстве неоднократно говорилось на разных этапах судебной реформы. Проекты соответствующих изменений разрабатывались представителями разных профессиональных объединений юристов и обсуждались в юридическом сообществе.

В настоящее время подготовлен очередной проект соответствующего закона, который, как представляется, будет являться базовым для определения будущих законодательных подходов, поскольку разработан Высшим арбитражным судом Российской Федерации, специалисты которого являются главными модераторами современного этапа судебной реформы. Анализ положений упомянутого законопроекта, как представляется, позволит выявить основные тенденции развития упомянутого института в современных условиях.

Дискуссия о необходимости введения норм о профессиональном представительстве в арбитражных судах ведется достаточно давно. О необходимости введения подобной нормы говорил Вениамин Федорович Яковлев, настойчиво отстаивали эту идею на страницах юридической печати и в средствах массовой информации представители адвокатского сообщества. Неоднократно заявлял о необходимости введения некоего профессионального ценза для участников арбитражного судопроизводства Антон Александрович Иванов.

Показательно, что нынешний законопроект – не первая попытка внедрить институт профессионального судебного представительства в отечественную правовую систему.

Законодателем уже вносились изменения в ст. 59 Арбитражно-процессуального кодекса РФ, в соответствии с которыми представителями организаций могли в арбитражном суде выступать руководители организаций, лица, состоящие в штате указанных организаций, либо адвокаты.

Однако постановлением Конституционного Суда РФ от 16.07.2004 г. №15-П ч. 5 ст. 59 была признана не соответствующей Конституции РФ в той мере, в какой она в системной связи с п. 4 ст. 2 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» исключала для выбранных организациями лиц, оказывающих юридическую помощь, возможность выступать в арбитражном суде в качестве представителей, если они не относятся к числу адвокатов или лиц, состоящих в штате этих организаций и в соответствии с ч. 3 ст. 79 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 г. №1-ФКЗ утратила силу.

Необходимо отметить, что в рамках рассмотрения указанного дела, несмотря на сформулированное негативное отношение к идее «адвокатской монополии» в арбитражных судах, Конституционным судом Российской Федерации были сформулированы основные подходы «за» и «против» законодательного закрепления идеи профессионального представительства, которые стали итогом поиска оптимального баланса публичных и частных интересов в указанной сфере и результатом известного компромисса, который был достигнут в ходе обсуждения и выработки итогового решения по этому сложному вопросу, и что, вне всякого сомнения, должно быть учтено при выработке легальной позиции по этому вопросу сегодня.

Необходимо отметить, что высшая судебная инстанция, признавая норму неконституционной, высказалась тем не менее о возможности ограничения законодателем права выбора стороной своего представителя в судопроизводстве, отметив, что право вести свои дела в суде через самостоятельно выбранного представителя не означает безусловное право выбирать в качестве такового любое лицо

и не предполагает возможность участия в судопроизводстве любого лица в качестве представителя, и подтвердила в связи с этим право законодателя на установление критериев квалифицированной юридической помощи и обусловленных ими особенностей и условий допуска тех или иных лиц в качестве защитников или представителей в конкретных видах судопроизводства. При этом существенно его ограничила, указав, что обязательным для законодателя при определении условий и критериев допуска представителей организаций для участия в арбитражном процессе является обеспечение баланса публичных интересов и прав и законных интересов лица при выборе представителя для судебной защиты, при недопущении несоразмерного ограничения как права на судебную защиту, так и права на получение квалифицированной юридической помощи.

При этом, ограничивая «адвокатскую монополию», суд указал на диспозитивность судопроизводства в арбитражных судах (в отличие от уголовных), которое подлежит ограничению лишь в случаях, когда природа спорного публичного правоотношения не предполагает возможность свободного распоряжения субъективным материальным правом, что не относится к процедуре выбора организацией представителя из числа лиц, не состоящих в ее штате, поскольку в основе этих процессуальных отношений лежит гражданско-правовой договор между организацией и выбранным ею представителем.

Однако в этом же постановлении были сформулированы и критерии, при наличии которых возможно, по мнению Конституционного суда, законодательно закрепить отступление от принципа диспозитивности при выборе представителя в арбитражном процессе, каковыми являются случаи, когда ограничения, установленные федеральным законодателем, продиктованы конституционно значимыми целями. При этом Конституционный суд РФ указал на то, что такими целями может являться, в частности, желание законодателя установить критерии квалифицированной юридической помощи и обусловленные ими требования к лицам, которые могут выступать в качестве представителей в арбитражном процессе (с целью гарантировать право на получение квалифицированной юридической помощи).

Закрепив эту принципиальную позицию, высшая судебная инстанция указала на недопустимость конкретных средств, которыми законодатель на тот период попытался достигнуть упомянутых конституционно значимых целей, к каковым, в первую очередь, необходимо отнести установление различных правил и ограничений в отношении граждан и юридических лиц, что, по мнению Конституционного суда, недопустимо, а также отсутствие особых требований к качеству предоставляемой юридической помощи, чем наличие адвокатского статуса само по себе быть признано не может, поскольку само по себе не гарантирует надлежащий уровень юридической помощи, в связи с чем законодатель не вправе возлагать на организации обязанность выбирать в качестве представителей только адвокатов или содержать юристов в штате.

Таким образом, можно заключить, что Конституционный суд упомянутым постановлением предоставил законодателю возможность вводить дополнительные обязательные требования в части допуска представителей в арбитражный процесс, если им будут предъявлены особые требования к качеству предоставляемой юридической помощи и установлены единые требования к представителям как граждан, так и организаций (что позволит гарантировать надлежащий уровень юридической помощи).

Как представляется, Высшему арбитражному суду при разработке проекта закона о профессиональном представительстве в арбитражных судах удалось учесть эти принципиальные позиции.

Предлагаемый в нынешнем виде институт можно сравнить с существовавшим до революции институтом стряпчих при судах. В то время это были адвокаты, которые специализировались на участии в делах по коммерческим делам.

Проектом вводится понятие судебного представителя. Под ним понимается лицо, осуществляющее на профессиональной основе, в том числе во исполнение трудового договора, служебного контракта представительство граждан и организаций в арбитражных судах, аккредитованное при арбитражном суде и имеющее надлежащим образом оформленные и подтвержденные полномочия на ведение дела.

Судебный представитель должен иметь высшее юридическое образование – квалификацию «юрист» по специальности «юриспруденция» (степень бакалавра и магистра юриспруденции по направлению подготовки «юриспруденция»).

Что касается особых требований к статусу – то проект в качестве обязательного условия говорит только о необходимости аккредитации в качестве судебного представителя при арбитражных судах.

Предполагается, что аккредитация представителя будет происходить в ходе первого судебного заседания, в котором он участвует, а арбитражный суд должен будет вносить сведения о нем в единый реестр судебных представителей, аккредитованных при арбитражных судах. При этом в момент начала каждого нового дела суд должен будет проверять, есть ли у представителя аккредитация, а также статус адвоката или трудовые отношения с представляемым (в случае, если эти требования будут предусмотрены окончательно редакцией закона). Информация, размещенная в реестре должна быть открытой и будет размещена на официальных сайтах судов, естественно, с ограничениями, предусмотренными законодательством о защите персональных данных.

В отношении так называемой «адвокатской монополии» проект содержит альтернативные предложения. Споры на этот счет не утихают и окончательное решение по вопросу о допуске к представительству только адвокатов и лиц, состоящих с представляемыми в трудовых отношениях, будет принято в ходе дополнительных консультаций. Хотя, как представляется, введение жесткого ограничения, как указывалось выше, не вполне соответствует сформулированной ранее позиции Конституционного суда РФ.

Не могут быть судебными представителями судьи, арбитражные заседатели, прокуроры, следователи, дознаватели, нотариусы, помощники судей, работники аппарата суда, государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, наделенных федеральным законом отдельными государственными или иными публичными полномочиями, за исключением случаев, когда они выступают в арбитражном суде в качестве судебных представителей тех органов, в которых состоят в штате. Кроме того, представителями не могут быть ограниченно дееспособные лица, а также те, кто имеет судимость за совершение умышленного преступления.

Принципиально следует отметить, что судебный представитель обязателен при рассмотрении дела в суде апелляционной, кассационной инстанции и в надзоре. Участие судебного представителя в арбитражном процессе в суде первой инстанции не всегда обязательно. В арбитражном суде первой инстанции вправе вести дела без участия судебного представителя граждане лично, а организации через своих сотрудников. Кроме того, граждане-непредприниматели в соответствии с проектом во всех случаях могут вести дела в арбитражном суде лично при условии, что в соответствии с законодательством они имеют право на получение бесплатной юридической помощи.

Лично вправе вести свои дела в суде и прокурор. При этом принципиально отметим, что правило о ведении дел через судебных представителей, согласно законопроекту, касается также госорганов, а также органов местного самоуправления.

Часть прав, что абсолютно логично, представляемые лица смогут осуществлять при этом лично в любом случае. Так, право знакомиться с материалами дела, представленными до начала судебного разбирательства доказательствами, давать объяснения, заявлять ходатайства, подавать заявления, знать о жалобах, поданных другими лицами, участвующими в деле, о принятых по делу судебных актах, получать копии судебных актов, знакомиться с особым мнением судьи, заявлять ходатайство об отложении судебного разбирательства в связи с неявкой в заседание судебного представителя по уважительной причине либо в связи с необходимостью его замены, обжаловать судебные акты, заявлять об отказе от иска, о признании иска, заключить мировое соглашение представляемый может осуществлять самостоятельно без ограничений в части наличия профессионального представителя.

Достижение целей обеспечения оказания квалифицированной юридической помощи, для чего, в первую очередь, и предлагается принять упомянутый законопроект, будет обеспечиваться, в частности, через институт дисквалификации. Так, согласно проекту изменения в КоАП РФ, предусматривается применение к судебному представителю дисквалификации. Проявление неуважения к арбитражному суду в первый раз – штрафом на сумму 30000–50000 руб., а во второй раз в течение года – как раз дисквалификацией на срок от шести месяцев до трех лет. Постановление о дисквалификации подлежит исполнению путем приостановления аккредитации судебного представителя при арбитражных судах, что должно найти отражение в соответствующем реестре.

Очевидно, что необходимость решения вопроса о профессиональном представительстве назрела. Дискуссия не окончена, и аргументы сторон в споре о необходимости введения профессионального представительства, «адвокатской монополии» – не исчерпаны. Достаточно очевидно при этом, что эффективность функционирования арбитражной системы и, в конечном счете, эффективность защиты экономических прав граждан и юридических лиц в значительной степени зависит от квалификации участников процесса, а эффективность современного судопроизводства во многом снижается из-за присутствия непрофессионалов.

Необходимо лишь добавить, что к набору традиционных аргументов за введение института профессионального представительства в арбитражных судах на современном этапе добавился еще

один, связанный с необходимостью обеспечения функционирования электронного правосудия, развитие и широкое применение которого является одной из стратегических задач, стоящих перед арбитражной системой на современном этапе, в рамках решения которой должна быть обеспечена доступность суда и равноправие сторон.

В связи с этим при применении электронных форм и процедур при арбитражном судопроизводстве обоснованно предлагается концепция обязательного участия адвоката (иного профессионального представителя).

Развитие системы электронного обеспечения правосудия предусмотрено в качестве одного из основных инструментов достижения целей формирования самостоятельной и независимой судебной власти как одной из ветвей государственной власти в Российской Федерации, повышения эффективности и качества правосудия, достижения открытости и прозрачности судебной системы, усиления гарантий самостоятельности судов и независимости судей как неперемных условий обеспечения функционирования демократического правового государства, а также приведения российского законодательства в соответствие с нормами международного права и международными стандартами в области прав человека.

Как раз внедрение информационных технологий в арбитражный процесс, закрепление их в процессуальных формах и процедурах, дальнейшая реализация модели электронного правосудия в целом с особой остротой обозначили проблему профессионального судебного представительства в арбитражном процессе, что активно дебатруется и является достаточно убедительным аргументом в пользу его введения.

Справедливо, как представляется, обосновывается, что закрепление в законодательстве нормы об обязательном участии в электронном правосудии профессионального представителя уравнивает позиции сторон, будет способствовать развитию состязательных начал в цивилистическом процессе, поставит барьер попыткам злоупотребления граждан и организаций правом на обращение в суд, а также другим злоупотреблениям процессуальными правами в ходе судебного разбирательства.

В связи с этим законопроектом предусмотрена необходимость установления правила, в соответствии с которым в электронном виде представлять в арбитражный суд документы могут только судебные представители, прокуроры и госорганы, что также видится обоснованным и целесообразным.

В.Г. Голубцов, С.Н. Полевщикова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

УПРОЩЕННЫЙ ПОРЯДОК СУДОПРОИЗВОДСТВА КАК ИНСТРУМЕНТ СНИЖЕНИЯ СУДЕЙСКОЙ НАГРУЗКИ

Вопрос о загруженности судей приобрел принципиальное значение в рамках осуществления реформы экономического правосудия, активно осуществляемой в настоящее время.

При научно обоснованных нормах нагрузки приблизительно 15–17 оконченных дел на судью в месяц в ряде субъектов Федерации на судью приходится более 90 дел в месяц.

Согласно действующему законодательству судебное разбирательство вне зависимости от категории дела предполагает проведение полноценных судебных заседаний с явкой сторон, что в значительной степени увеличивает нагрузку на судей без учета категории дела.

Очевидно, что высокая нагрузка на суды во многом препятствует достижению целей полного и всестороннего рассмотрения дел в разумные сроки.

В настоящее время государство не может себе позволить радикального увеличения численности судей, в связи с чем одним из базовых направлений реформы в целях уменьшения нагрузки является введение упрощенного производства как одного из видов современного судопроизводства, основная цель которого состоит в сокращении времени рассмотрения дела в суде первой инстанции.

Тенденция к упрощению процесса и его ускорению не нова для гражданского процесса, как советского периода, так и процесса современной России.

Возрождение упрощенного производства в российском гражданском процессе началось с 1985 г., когда был введен порядок вынесения судьей единолично постановления о взыскании алиментов на несовершеннолетних детей.

Позднее оно было регламентировано в качестве приказного производства в 1995 г. и окончательно закреплено в ГПК РФ 2002 г.

Что касается арбитражного процесса, то АПК РФ 2002 г. ввел в арбитражный процесс новый процессуальный институт – порядок упрощенного производства.

Упрощенное производство как особая форма процесса не предполагает участия сторон в судебном заседании, это процесс сугубо формальный.

Упрощенные процедуры судопроизводства действуют в очень многих странах и работают эффективно, поскольку выгода от внедрения упрощенного производства очевидна.

Многочисленная практика показывает, что большое количество дел, рассматриваемых арбитражными судами, характеризуется незначительностью суммы требований и по сути отсутствием спора как такового.

Однако на практике упрощенное производство не пользуется в первой инстанции большой популярностью, поскольку действующая система работает недостаточно эффективно.

Доля дел, рассмотренных «по упрощенке» не превышает 1,5% их общего числа.

Причина заключается в конструкции, которая заложена в законе, поскольку (по действующей редакции Закона) если должник возражает в отношении заявленных требований или если сторона возражает в отношении рассмотрения дела в порядке упрощенного производства, дело должно быть рассмотрено по общим правилам искового производства (с вызовом сторон).

Сложившаяся ситуация привела к острой необходимости совершенствования судопроизводства в системе российских арбитражных судов, в связи с чем Высший арбитражный суд Российской Федерации подготовил законопроект, предусматривающий внесение изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с совершенствованием упрощенного производства.

Данный законопроект подготовлен в рамках исполнения поручений Президента РФ, который в декабре 2010 г. указал на необходимость оптимизации нагрузки на судей.

Опыт изучения данного процессуального института показал, что введение упрощенного судопроизводства преследовало и будет преследовать в качестве основной цели именно оптимизацию нагрузки, причем как на судей, так и на добросовестных сторон.

По подсчетам председателя Высшего арбитражного суда А.А. Иванова, на упрощенную процедуру судопроизводства может быть переведено в перспективе до 30–40% дел от общего количества.

Государственная Дума в обстановке весьма серьезных дебатов в первом чтении одобрила концепцию инициированного Высшим Арбитражным судом законопроекта, который направлен на совершенствование института упрощенного производства путем расширения круга дел, рассматриваемых в названном порядке, а также изменения процедуры рассмотрения таких дел в целях ее ускорения, повышения доступности и востребованности у лиц, обращающихся в арбитражные суды.

В частности, предлагаемый законопроект преследует цель максимально разгрузить суды, сократить число судебных заседаний и ограничиться только исследованием представленных стороной документов.

Кроме того, совершенствование упрощенного судопроизводства направлено на сокращение сроков рассмотрения отдельных категорий дел, минимизацию судебных издержек лиц, участвующих в деле, в том числе за счет отсутствия необходимости лично присутствовать в судебных заседаниях и возможности ознакомления с документами посредством удаленного доступа.

Таким образом, цель поправок – установить доступную и быструю процедуру рассмотрения несложных и незначительных по размерам требований дел, что, в свою очередь, будет способствовать эффективной реализации задач судопроизводства в арбитражном процессе.

По действующей редакции ст. 227 АПК РФ в порядке упрощенного производства в арбитражном процессе могли быть рассмотрены следующие категории дел:

1) об имущественных требованиях, основанных на документах, подтверждающих задолженность по оплате за потребленные электрическую энергию, газ, воду, за отопление, услуги связи, по арендной плате и другим расходам, связанным с эксплуатацией помещений, используемых в целях осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности;

2) по искам, основанным на представленных истцом документах, устанавливающих имущественные обязательства ответчика, которые ответчиком признаются, но не выполняются;

3) по искам к юридическим лицам на сумму до двадцати тысяч рублей, по искам к индивидуальным предпринимателям на сумму до двух тысяч рублей;

4) по другим требованиям при наличии условий, предусмотренных ст. 226 настоящего Кодекса.

Предложенный законопроект расширяет круг дел, рассматриваемых в упрощенном порядке.

В порядке такого производства будут подлежать рассмотрению дела по исковым заявлениям о взыскании денежных средств, если цена иска не превышает установленных законом пределов (для юридических лиц – 3000 тыс. руб., для индивидуальных предпринимателей – 100 тыс. руб., а также дела, требования по которым (вне зависимости от их размера) подтверждаются представленными истцом документами, но не оспариваются ответчиком.

По мнению разработчиков, изменения должны обеспечить активное использование упрощенного производства не только в гражданско-правовых спорах, но и в делах, возникающих из публично-правовых отношениях.

Однако законопроект не допускает рассмотрение в порядке упрощенного производства дел по корпоративным спорам и дел о защите прав и законных интересов групп лиц.

В соответствии с действующей редакцией ст. 266 АПК РФ инициировать упрощенное производство имеет право как суд, так и истец при отсутствии возражений ответчика.

Законопроект предлагает исключить получение согласия сторон как обязательное условие для рассмотрения судом дела в порядке упрощенного производства

Главная цель проекта – лишение должника права возражать против упрощенного судопроизводства.

Упрощенные разбирательства будут происходить без предварительного заседания и без вызова сторон, сроки представления доказательств и документов судом будут ограничиваться.

Согласно предложенной Высшим арбитражным судом Российской Федерации модели, упрощенное производство будет представлять собой процесс обмена состязательными документами.

Сторонам достаточно будет представить документ, который отражает позицию истца, и документ, представляющий собой возражения на позицию процессуальных противников.

Поступившие по истечении срока, установленного судом, документы не будут рассматриваться и подлежат возвращению соответствующему лицу.

Это изменение как раз в духе состязательного процесса, и в соответствии с установкой современного процессуального законодательства направлено на увеличение ответственности сторон за свое поведение.

Вполне логична также позиция законодателя о том, что дополнительные доказательства по данной категории дел арбитражным судом апелляционной инстанции приниматься не будут.

Законопроект предлагает и активное использование информационных технологий. Все документы вне зависимости от того, поданы они или в электронном виде, или на бумажном носителе, будут размещаться в сети Интернет на сайте арбитражного суда с возможностью доступа к ним только сторон, что позволит существенно сократить период времени, необходимый для ознакомления с такими документами.

Еще одной из новелл является срок рассмотрения дела в порядке упрощенного производства, не превышающий 2 месяцев, а так же сокращенные сроки для вступления в законную силу и оспаривания в апелляционном порядке. Срок на апелляционное обжалование будет сокращен с месяца до десяти дней.

Решение по делам, рассмотренным в упрощенном производстве, подлежит немедленному исполнению.

Инициаторами законопроекта, как следует из пояснительной записки к нему, предлагается также закрепить возможность кассационного обжалования дел, рассмотренных в порядке упрощенного производства, только по безусловным основаниям, что также отвечает общей логике законопроекта.

Анализ предложенного проекта позволяет заключить, что новированные нормы процессуального законодательства позволят более широко использовать институт упрощенного производства, что позволит достичь и целей оптимизации судейской нагрузки, которую справедливо называют одним из основных побудительных мотивов принятия упомянутого закона.

Д.А. Горячкина

Тюменская государственная академия мировой экономики, управления и права, г. Тюмень

СТРАХОВОЕ ПРАВООТНОШЕНИЕ В АСПЕКТЕ УПРАВЛЕНИЯ РИСКАМИ

Распределение рисков (через управление ими) – одна из предпосылок для создания оптимальных условий реализации экономической самостоятельности юридически равных участников имуще-

ственного оборота. Одним из договорных обязательств, направленных на распределение рисков, является обязательство страховое, востребованное оборотом в силу рискованности последнего и необходимостью покрытия возможного ущерба. Сама же идея страхования неразрывно связана с его универсальным значением как средства, способного устранить или сделать менее имущественно ощутимым неблагоприятный результат воздействия отдельных обстоятельств.

Ещё со времен его возникновения страхование принято считать самым распространенным способом снижения рисков. Как отмечал Г.Ф. Шершеневич, применительно к договору торгового страхования, «страхование имущества, обеспечивающее купца от последствий несчастных событий, слагает с него на страхователя страх за товары, хранимые и перевозимые. Этим страхование ослабляет рисковый элемент в торговой промышленности»¹.

Страхование аккумулирует в себе определенный набор экономических отношений, складывающихся между участниками по поводу формирования за счет денежных взносов целевого страхового фонда и использования его для выплаты страховых сумм с целью возмещения ущерба тем, кто без вины понес ущерб. Однако надлежит видеть реальную юридическую цель страховых отношений. Она, во имя снятия бремени ущерба со страхователя, как раз и состоит в передаче риска. При этом существующий уровень риска не изменяется, а переходит на другого участника имущественного оборота, которым выступает страховщик.

Преимущество перевода риска при заключении договора страхования состоит в отказе от его самостоятельного регулирования в пользу профессионального управления рисками. Однако деятельность лиц, принявших риск, строится на возмездной основе. Кроме того, сами лица, принимающие риск в процессе его передачи, не рискуют, поскольку принимают риск исключительно в пределах его покрытия.

С юридической точки зрения страхование рассматривается как самостоятельный вид гражданско-правового договора, в силу которого одна сторона (страхователь) обязуется вносить установленные страховые платежи, а другая сторона (страховщик) обязуется при наступлении предусмотренного события выплатить страховое возмещение (страховую сумму).

Особый смысл и значение к заключению договора страхования приобретает интерес страхователя. С наличием указанного интереса связана и цель управления рисками. Интерес страхователя в договоре имущественного страхования выражается в том, что при наступлении страхового случая он сможет потребовать от страховщика возмещения возникших в результате соответствующего события убытков. Однако специфика страхового отношения как такового состоит в том, что помимо указанного позитивного интереса должен быть у страхователя и негативный интерес, заключающийся в нежелании наступления страхового случая. Наличие у страхователя негативного интереса призвано служить определенной гарантией для страховщика. Кроме того, отсутствие негативного интереса способно оказать прямое влияние на саму вероятность наступления страхового случая.

В ст. 929 ГК РФ содержится примерный перечень интересов, в управлении которыми заинтересованы участники имущественного оборота и которые могут быть застрахованы по договору имущественного страхования. Так, по договору страхования имущества – это *риск* утраты (гибели), недостачи или повреждения определенного имущества; по договору страхования гражданской ответственности – *риск* ответственности по обязательствам, которые возникают вследствие причинения вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц, а если это предусмотрено законом, также риск ответственности по договорам; для договора предпринимательского риска – *риск* убытков от предпринимательской деятельности из-за нарушения своих обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий указанной деятельности, по не зависящим от предпринимателя обстоятельствам, включая риск неполучения ожидаемых доходов.

Таким образом, участники имущественного оборота стремятся создать оптимальные условия для реализации экономической самостоятельности. С одной стороны, собственники и уполномоченные собственником лица проявляют должную степень заботливости и осмотрительности для поддержания имущества в надлежащем состоянии, а также получении определенных материальных выгод при использовании имущества. С другой стороны, указанные субъекты, осознавая возможность наступления возможных невыгодных имущественных последствий, предпринимают действия по управлению такими последствиями, с целью возмещения ущерба при возможном наступлении неблагоприятных обстоятельств, сопряженных с убытками. В этом смысле заключение договора страхования позволяет обеспечить экономическую безопасность и устойчивое материальное положение.

Наибольшее значение страхование как способ управления рисками приобретает в деятельности предпринимательской, поскольку именно предприниматели совершают рискованные действия с целью систематического получения прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполне-

ния работ или оказания услуг. В системе управления предпринимательскими рисками распространены имущественное страхование и страхование ответственности. Имущественное страхование – это разновидность страхования, в которой объектом страховых отношений выступает имущество в различных видах и имущественные интересы. Часто имущество страхуется на случай уничтожения или повреждения в результате стихийных бедствий, несчастных случаев. Имущественные интересы страхуются на случай неплатежа по счетам продавца продукции, недополучения прибыли или доходов. Также в предпринимательской среде распространен такой вид имущественного страхования как страхование риска ответственности за нарушение договора. Целью управления в данном случае выступает страхование своей возможной ответственности перед контрагентом по договору. В силу ст. 932 ГК РФ подобные договоры страхования могут заключаться только в случаях, предусмотренных законами. В этом их существенное отличие от договоров страхования рисков ответственности за причинение вреда, а также от иных договоров имущественного страхования. Фактически это означает, что если в конкретном случае страхование риска договорной ответственности осуществлено при отсутствии соответствующих оснований для подобного страхования в законе, такой договор страхования является недействительным. Подобное достаточно жесткое ограничение установлено ГК РФ не случайно. Объективная невозможность для предпринимателя исполнить свои обязательства по договору может быть обусловлена имеющимися у исполнителя имущественными проблемами, возникшими по не зависящим от него причинам (утрата имущества, убытки от предпринимательских рисков исполнителя и т.п.). Но риск возникновения последних является самостоятельным предметом страхования, в том числе в качестве предпринимательского риска (ст. ст. 930, 933 ГК РФ). Предоставить же предпринимателю неограниченную возможность страховать свою ответственность за свои собственные нарушения договора – значит снять с него обязанность исполнять договор. В этом уже будет проявляться не управление рисками с целью возмещения имущественного ущерба от возникновения случайных неблагоприятных последствий, а неосновательное обогащение предпринимателя.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М.: Фирма Спарк, 1994. С. 223.

Е.А. Громова

Южно-Уральский государственный университет, г. Челябинск

О ПРЕДМЕТЕ СОГЛАШЕНИЯ ОБ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ТЕХНИКО-ВНЕДРЕНЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Особые экономические зоны (далее – ОЭЗ) используются в качестве эффективного способа привлечения инвестиций на территорию России и осуществления общественно-значимых видов деятельности в целях развития экономики¹. Техничко-внедренческая ОЭЗ является наиболее важным среди других типов ОЭЗ, поскольку на ее территории осуществляется технико-внедренческая деятельность — предпринимательская деятельность, направленная на создание и внедрение инноваций.

Для привлечения на территорию технико-внедренческой ОЭЗ потенциальных резидентов (индивидуальных предпринимателей или коммерческих организаций, за исключением унитарных предприятий), Федеральный закон «Об особых экономических зонах Российской Федерации» от 22.07.2005 № 116-ФЗ² (далее — Закон об ОЭЗ) установил особый режим осуществления предпринимательской деятельности на ее территории.

Данный режим предполагает предоставление ряда льгот и привилегий хозяйствующим субъектам, что обуславливает привлекательность ОЭЗ. Однако для того, чтобы получить доступ к указанному режиму, потенциальный резидент должен заключить соглашение об осуществлении ТВД.

Данное соглашение представляет собой договор между потенциальным резидентом, намеревающимся осуществлять ТВД на территории особой экономической зоны в условиях особого режима осуществления предпринимательской деятельности; Минэкономразвития РФ, образующегося заключить с резидентом договор аренды земельного участка или государственного и (или) муниципального имущества и управляющей компанией, обязующейся создать для резидента объект инфраструктуры (ч. 1 ст. 12 Закона об ОЭЗ).

Поскольку осуществление ТВД на территории технико-внедренческой ОЭЗ имеет большое значение не только для резидента, стремящегося получить прибыль, но и для государства, которое стремится развивать высокотехнологичные отрасли экономики за счет ее осуществления, в связи с чем

особо важно определить существенные условия соглашения об осуществлении ТВД, в том числе его предмет.

Данный вопрос приобретает особую актуальность с учетом того, что в Законе об ОЭЗ отсутствуют нормы, определяющие его предмет.

Вопрос о предмете договора является одним из наиболее дискуссионных в науке гражданского права. Большинство авторов в качестве предмета договора понимают действия, которые должны совершить стороны, и объект, на который эти действия направлены³. А.Н. Обыденнов уточняет, что действия и объект, составляющие предмет договора должны быть достаточно индивидуализированы⁴. Соглашаясь с позицией автора, добавим, что отсутствие должной конкретизации материального объекта и действий, которые стороны обязуются с ним совершить не позволяет четко квалифицировать договор. Так, намереваясь заключить договор аренды, стороны конкретизируют материальный объект и действия – использование объекта, без указания которых квалифицировать данный договор будет довольно трудно.

Типовая форма соглашения об осуществлении ТВД⁵ в качестве его предмета указывает вид ТВД, который резидент намеревается осуществлять. Вместе с тем, ТВД определяется Законом об ОЭЗ как инновационная деятельность, создание, производство и реализация научно-технической продукции, создание и реализация программ для электронных вычислительных машин (программ для ЭВМ), баз данных, топологий интегральных микросхем, информационных систем, оказание услуг по внедрению и обслуживанию таких продукции, программ, баз данных, топологий и систем, а также предоставление резидентам технико-внедренческой ОЭЗ услуг инновационной инфраструктурой, необходимой для осуществления их деятельности (ч. 2 ст. 10).

Таким образом, данная норма позволяет указать в качестве вида ТВД, составляющего предмет соглашения об осуществлении ТВД один или несколько этапов ТВД — от создания до реализации и внедрения ее результатов.

Указанное вызывает ряд возражений. В первую очередь, полагаем, что для достижения целей, поставленных перед технико-внедренческими ОЭЗ, резиденту необходимо не просто создавать или производить результаты ТВД, но и в обязательном порядке внедрять их в производство.

Таким образом, считаем, что предмет соглашения об осуществлении ТВД должен включать в себя такие действия (этапы ТВД) как создание, реализация и внедрение результатов ТВД.

Во-вторых, полагаем, что в качестве предмета соглашения об осуществлении ТВД должен быть обязательно указан ее результат. Данная необходимость обусловлена следующим. Так, для достижения целей технико-внедренческих ОЭЗ, резидент должен не просто осуществлять ТВД как процесс, но и создавать и внедрять результат этой деятельности в итоге. В случае же, если в качестве предмета ТВД указывается лишь ее вид, то Минэкономразвития РФ не сможет, в случае невыполнения резидентом обязанности по созданию указанного результата требовать от него ее исполнения.

В настоящий момент Закон об ОЭЗ содержит норму, позволяющую Минэкономразвития РФ требовать расторжения соглашения об осуществлении ТВД в судебном порядке в случае, если резидент не осуществляет ТВД в течении 24 месяцев с момента установления факта ее неосуществления соглашение об осуществлении ТВД (ч. 3 ст. 20). Вместе с тем, полагаем, что установить факт неосуществления ТВД без определения ее результатов не представляется возможным и может привести к злоупотреблению резидентами своими правами на получение указанных выше льгот и не осуществляя при этом ТВД.

Подводя итог сказанному отметим, что положения Закона об ОЭЗ об условиях соглашения об осуществлении ТВД требуют подробного анализа и доработки, в связи с чем представляется необходимым дополнить в Законе об ОЭЗ нормами, определяющими предмет соглашения об осуществлении ТВД, в качестве которого в обязательном порядке должны указываться такие этапы ТВД как создание, реализация и внедрение результатов ТВД, а также сами результаты.

¹ ОЭЗ представляет собой определяемую Правительством РФ часть территории Российской Федерации, на которой установлен особый режим осуществления предпринимательской деятельности и может применяться процедура свободной таможенной зоны.

² ФЗ «Об особых экономических зонах Российской Федерации» от 22.07.2005 № 116-ФЗ // СЗ РФ. – 2005. – № 30 (Ч. 2). – Ст. 3127.

³ Гавзе Ф.И. Обязательственное право (общие положения). – М, 1968. – С. 26; Советское гражданское право / Под ред. О.С. Иоффе, Ю.К. Толстого, Б.Б. Черепынина. Т. 1. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1971. – С. 168 - 172; Брагинский М.И. Общее учение о хозяйственных договорах. – Минск: Наука и техника, 1967. – С. 138 – 139; Егорова М. А. Значение объектов гражданских прав в формировании условия о предмете договора // Законы Рос-

сии: опыт, анализ, практика. – 2008. – № 5. – С.; Витрянский В.В. Существенные условия договора в отечественной цивилистике и правоприменительной практике // Вестник ВАС РФ. – 2002. – № 6. – С. 78 - 79.

⁴ Обыденнов А.Н. Предмет и объект как существенные условия гражданско-правового договора// Журнал российского права. – 2003. – № 8.– С. 64.

⁵ Приказ Минэкономразвития РФ «Об утверждении типовых форм соглашений об осуществлении промышленно-производственной, технико-внедренческой, туристско-рекреационной деятельности и деятельности в портовой особой экономической зоне» от 13.04.2012 № 209 // Российская газета. - № 171.

Т.М. Жукова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ОСОБЕННОСТИ ВНЕШНЕГО УПРАВЛЕНИЯ КРЕСТЬЯНСКОГО (ФЕРМЕРСКОГО) ХОЗЯЙСТВА

Внешнее управление является процедурой банкротства, применяемой к должнику в целях восстановления его платежеспособности.

Внешнее управление вводится на основании решения собрания кредиторов при наличии возможности восстановления платежеспособности крестьянского (фермерского) хозяйства. При проведении внешнего управления применяются правила, изложенные в гл. VI Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2002 г. №127-ФЗ (далее – Закон о банкротстве) с учетом особенностей §3 гл. X Закона о банкротстве.

Решение о введении внешнего управления принимается собранием кредиторов. При этом Закон о банкротстве допускает в ряде случаев возможность введения внешнего управления по инициативе арбитражного суда.

В частности, когда имеются достаточные основания полагать, что решение первого собрания кредиторов об обращении в арбитражный суд с ходатайством о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства принято в ущерб большинству кредиторов и установлена реальная возможность восстановления платежеспособности должника, арбитражный суд может вынести определение о введении внешнего управления вопреки воле собрания кредиторов (п. 1 ст. 92 Закона о банкротстве).

Вместе с тем положение, закрепленное в п.1 ст. 92 Закона о банкротстве при банкротстве крестьянского (фермерского) хозяйства (далее – КФХ) не применяется, поскольку в п. 4 ст. 219 Закона о банкротстве закреплено специальное правило о введении внешнего управления только на основании решения собрания кредиторов и только в случае наличия возможности восстановления платежеспособности крестьянского (фермерского) хозяйства.

Внешнее управление вводится на срок не более 18 месяцев и может быть продлено на срок не более шести месяцев. Однако для КФХ установлен более продолжительный срок внешнего управления.

Срок внешнего управления КФХ определяется в соответствии с п. 4 ст. 219 Закона о банкротстве, т.е. до окончания соответствующего периода сельскохозяйственных работ с учетом времени, необходимого для реализации произведенной или произведенной и переработанной сельскохозяйственной продукции. Однако он не может превышать сроки, установленные п. 2 ст. 92 Закона о банкротстве более чем на 3 месяца.

В случае, если в ходе внешнего управления имели место спад и ухудшение финансового состояния крестьянского (фермерского) хозяйства в связи со стихийными бедствиями, с эпизоотиями и другими обстоятельствами, носящими чрезвычайный характер, срок внешнего управления может быть продлен на год.

Наряду с этим срок внешнего управления может быть сокращен арбитражным судом по ходатайству собрания кредиторов или внешнего управляющего.

Законом о банкротстве предусмотрены следующие последствия введения внешнего управления КФХ: глава КФХ отстраняется от управления хозяйством; на главу КФХ возлагается обязанность передачи внешнему управляющему бухгалтерской и иной документации, печатей, штампов, материальных и иных ценностей; снимаются ранее принятые меры по обеспечению требований кредиторов; аресты имущества должника и иные ограничения должника по распоряжению принадлежащим ему

имуществом могут быть наложены исключительно в рамках процесса о банкротстве; введение моратория на удовлетворение требований кредиторов.

Особенностью при рассмотрении дела о банкротстве КФХ так же является и то, что внешним управляющим крестьянского (фермерского) хозяйства может быть утвержден как гражданин, имеющий статус арбитражного управляющего, так и лицо, не соответствующее требованиям, предъявляемым Законом о банкротстве к арбитражным управляющим. Более того, полномочия внешнего управляющего могут осуществляться главой крестьянского (фермерского) хозяйства с согласия внешнего управляющего. При этом согласие внешнего управляющего на осуществление его полномочий главой крестьянского (фермерского) хозяйства необходимо отразить в доверенности.

Глава фермерского хозяйства, осуществляющий полномочия внешнего управляющего с согласия последнего, должен признаваться действующим от имени внешнего управляющего. При этом внешний управляющий остается ответственным за убытки, причиненные действиями главы крестьянского (фермерского) хозяйства кредиторам.

Одной из основных обязанностей внешнего управляющего является разработка плана внешнего управления и осуществление мероприятий по его реализации. В течение одного месяца с момента своего утверждения внешний управляющий должен разработать план внешнего управления, который затем представляется на утверждение собранию кредиторов (п. 1 ст. 106 Закона о банкротстве).

Утвержденный собранием кредиторов план внешнего управления вместе с протоколом собрания представляется внешним управляющим в арбитражный суд. Однако в случае если в течение четырех месяцев с даты введения внешнего управления в арбитражный суд не будет представлен план внешнего управления, утвержденный собранием кредиторов, арбитражный суд может принять решение о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства.

Внешнее управление включает в себя комплекс различных мероприятий как экономического, так и организационного характера.

По итогам осуществления внешнего управления внешний управляющий обязан представить отчет на рассмотрение собрания кредиторов.

Данный отчет представляется также в следующих случаях: при наличии оснований для досрочного прекращения внешнего управления; по требованию лиц, имеющих право на созыв собрания кредиторов; в случае накопления денежных средств, достаточных для удовлетворения всех требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов.

По результатам рассмотрения отчета внешнего управляющего собрание кредиторов принимает одно из решений, указанных в п. 3 ст. 118 Закона о банкротстве.

Принятое кредиторами решение внешний управляющий обязан направить в арбитражный суд в течение пяти дней с момента проведения собрания кредиторов. К отчету внешнего управляющего должны быть приложены реестр требований кредиторов на дату проведения собрания кредиторов и жалобы кредиторов, голосовавших против принятого собранием кредиторов решения или не принимавших участия в голосовании.

Представленные документы должны быть рассмотрены арбитражным судом не позднее чем через месяц с даты получения отчета внешнего управляющего.

Суд проверяет обоснованность решения собрания кредиторов и утверждает либо не утверждает отчет.

Основным критерием для утверждения отчета внешнего управляющего является наличие признаков восстановления платежеспособности должника. В свою очередь, определение об отказе в утверждении отчета является основанием для вынесения арбитражным судом решения о признании должника банкротом. Аналогичное решение выносится при наличии соответствующего ходатайства собрания кредиторов либо при непредставлении управляющим отчета в арбитражный суд в сроки, установленные законом. В этом случае прекращаются и полномочия внешнего управляющего.

Если внешнее управление завершается заключением мирового соглашения или погашением требований кредиторов, внешний управляющий продолжает исполнять свои обязанности в пределах компетенции главы КФХ до даты избрания нового главы. Если же арбитражный суд принял решение о признании должника банкротом и утвердил конкурсным управляющим другое лицо, то внешний управляющий исполняет его обязанности до даты утверждения конкурсного управляющего.

СОВРЕМЕННЫЕ ОСОБЕННОСТИ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ БАНКРОТСТВА ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ НА ТЕРРИТОРИИ РФ

В соответствии с п. 2 ст. 231 Закона о банкротстве положения о банкротстве физических лиц не действуют вплоть до вступления в силу федерального закона о внесении соответствующих изменений и дополнений в федеральные законы. До настоящего времени такой закон не принят. Это законодательное правило разъяснено в Постановлении Пленума ВАС РФ¹, согласно которому арбитражные суды не вправе возбуждать дела о банкротстве граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями.

Принятие Закона о банкротстве физических лиц было бы логичным и необходимым шагом в развитии института несостоятельности (банкротства) и позволило бы усовершенствовать порядок осуществления реабилитационных процедур, применяемых в деле о несостоятельности (банкротстве), повысило бы привлекательность соответствующих процедур для всех заинтересованных лиц, а также дало бы возможность увеличить количество случаев восстановления платежеспособности должников в ходе дела о банкротстве.

Вопрос о том, нужен ли этот закон, не раз обсуждался в юридической литературе. Одни авторы говорят о необходимости быстрого введения в действие норм о банкротстве граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями². Так как в ФЗ «О банкротстве» уже есть отдельная глава X, посвященная этому вопросу, то достаточных оснований для разработки и принятия отдельного федерального закона, посвященного банкротству граждан, попросту нет. Данная процедура должна быть урегулирована в федеральном законе о внесении изменений в ГК РФ, Закон о банкротстве и иные законодательные акты. Эти изменения позволили бы усовершенствовать существующие в настоящее время нормы с учетом потребностей современной практики.

Если предположить, что принятие подобного законопроекта – верное решение, то сложится ситуация, когда в стране одновременно будут действовать два федеральных закона: один – о банкротстве вообще, а другой – тоже о банкротстве, но лишь для граждан, причем за исключением глав крестьянских фермерских хозяйств.

В законопроекте содержится колоссальное количество норм, дублирующих положения действующего Закона о банкротстве, что совершенно излишне³.

Другие авторы говорят о необходимости принятия нового закона⁴. При отсутствии необходимого нормативного акта арбитражные суды не вправе возбуждать дела о банкротстве граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями. Такая выжидательная позиция законодателя в итоге не позволяла рассматривать физических лиц как субъектов отношений несостоятельности (банкротства).

Вместе с тем реальное практическое внедрение данного института может происходить лишь после того, как экономика страны преодолет последствия мирового финансового кризиса и вновь вернется к состоянию стабильного поступательного развития. Любая же поспешная попытка реализации данного института в «пожарном» порядке может привести к непредсказуемым социальным последствиям, так как на сегодняшний день невозможно достоверно определить количество граждан, нуждающихся в обращении к данной процедуре, отсутствует необходимая инфраструктура, способная обеспечить рассмотрение значительного числа обращений граждан, а также отсутствуют культура и понимание механизма функционирования реабилитационных процедур со стороны самих должников. Все перечисленные факторы в совокупности способны вместо реального положительно эффекта привести лишь к параличу арбитражной системы, заваленной исками граждан, а также росту социальной напряженности из-за неверного понимания сути реабилитационных процедур со стороны граждан⁵.

Позиция крупных банков по вопросу принятия данного законопроекта явно отрицательна. Как заявил председатель комитета Государственной Думы по вопросам собственности Сергей Гаврилов, открыто «противодействовали закону о банкротстве физических лиц крупные коммерческие банки», поскольку «им выгодна существующая архаичная система, когда банкротство осуществляется с помощью исполнительного производства в судах». Еще чаще банки просто «сбрасывают» портфели

просроченной задолженности граждан коллекторским агентствам, зачастую известным своими «около- и полукриминальными методами работы». По мнению депутата, «огромная полукриминальная сфера коллекторских агентств, всяких «вышибал» долгов», работающих в стране, должна быть в конечном итоге ликвидирована, что является одной из целей законопроекта⁶.

Итак, нужен ли закон «О реабилитационных процедурах, применяемых в отношении гражданина-должника»?

Основные направления Закона о реабилитационных процедурах адаптированы на расширение возможностей урегулирования задолженности физических лиц и предусматривают:

- возможность введения реабилитационной процедуры, предусматривающей возможность реструктуризации долгов в соответствии с планом, утверждаемым арбитражным судом на срок до пяти лет;
- предоставление должнику, оказавшемуся в сложном положении, возможности освободиться от долгов, предоставив кредиторам свое имущество и часть доходов (доктрина "fresh start");
- снижение рисков и расходов кредиторов в связи со сложностью взыскания долгов;
- уменьшение расходов на администрирование процедуры банкротства гражданина⁷.

Исходя из смысла ст. 3 законопроекта должник признается арбитражным судом банкротом, если установлена его неплатежеспособность, т.е. неспособность удовлетворить в полном объеме требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей в течение шести месяцев с даты, когда они должны были быть исполнены. Причем в сумму платежей включаются обязательства по возврату неосновательного обогащения в виде уплаченных до расторжения договора денежных средств или стоимости неосновательного обогащения в виде полученного до расторжения договора имущества, выполненных работ или оказанных услуг, а также и по возмещению убытков в виде реального ущерба, причиненных нарушением обязательства. В действующем Законе о банкротстве гражданин считается не способным удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, если соответствующие обязательства и (или) обязанность не исполнены им в течение трех месяцев с даты, когда они должны были быть исполнены, и если сумма его обязательств превышает стоимость принадлежащего ему имущества.

Дело о банкротстве может быть возбуждено арбитражным судом при условии имеющейся задолженности не менее 10 тыс. руб. По версии законопроекта заявление о банкротстве принимается только при наличии задолженности не менее 50 тыс. руб.

На основании ст. 8 Закона о банкротстве 2002 г. должник вправе подать в арбитражный суд заявление в случае предвидения банкротства при наличии обстоятельств, очевидно, свидетельствующих о том, что он не в состоянии будет исполнить денежные обязательства и (или) обязанность по уплате обязательных платежей в установленный срок. В пункте 4 ст. 10 законопроекта сказано, что заявление должника может быть подано только при наличии средств на выплату вознаграждения конкурсному управляющему в размере фиксированной суммы вознаграждения за два месяца и на опубликование сведений об открытии конкурсного производства в соответствии с Законом о банкротстве. Таким образом, при отсутствии требуемого количества средств должнику будет отказано в рассмотрении его заявления и в проведении процедуры банкротства.

Получается замкнутый круг. Для того чтобы заявить о банкротстве, гражданин должен иметь возможность финансировать процедуру банкротства, но на стадии банкротства ему негде взять для этого средства.

При рассмотрении дела о банкротстве должника - физического лица применяется конкурсное производство, которое вводится на срок до шести месяцев (может продлеваться по ходатайству лица, участвующего в деле, не более чем на шесть месяцев).

Вызывает сомнение повсеместная практическая реализация инструмента реструктуризации долгов, когда граждан вынужден самостоятельно составить план удовлетворения требований кредиторов, срок погашения которых может растянуться на пять лет.

Согласно законопроекту должник вправе внести план реструктуризации долгов. К нему прилагаются:

- перечень имущества и имущественных прав должника;
- сведения о постоянных доходах должника за шесть месяцев, предшествующих представлению плана реструктуризации долгов в арбитражный суд;
- сведения о кредиторской задолженности, включая задолженность по текущим обязательствам;

- кредитный отчет, полученный из бюро кредитных историй, либо документ, подтверждающий отсутствие кредитной истории у должника;
- заявление должника о достоверности и полноте прилагаемых документов, соответствии должника требованиям, установленным ст. 17 настоящего Федерального закона.

Данные сведения необходимы для того, чтобы определить, а сможет ли должник исполнить предложенный план реструктуризации долгов. Но в литературе высказывается мнение, что данные документы следовало бы прикладывать к заявлению должника о банкротстве в случае, если данная процедура им инициирована. Эти данные могут сыграть важную роль в выявлении вероятности злоупотреблений на почве банкротства.

В новом законопроекте, как и в текущем законодательстве, отсутствуют мероприятия, направленные на предотвращение банкротства физических лиц. В частности, большинство кредитных организаций при выдаче кредитных ресурсов предлагают осуществлять страхование жизни или ответственности за неисполнение обязательства. Это необязательно, но в значительной степени влияет на решение о выдаче кредита. Законопроект существенно выиграл бы, если бы предполагал необходимость разработки мероприятий по предотвращению ситуаций с резким падением платежеспособности граждан⁸.

Другими проблемными моментами предлагаемого законопроекта юристы называют размытые критерии и пределы гражданской ответственности должника в случае нарушения закона. «Например, согласно проекту, в течение пяти лет после признания банкротом гражданин обязан уведомлять о своем банкротстве при обращении за кредитом или займом. Однако ответственность за неуведомление кредитора об этом не установлена, есть лишь общая норма о возмещении убытков», – отмечает Анна Бурдина. «Привлечь гражданина к уголовной ответственности за фиктивное и преднамеренное банкротство будет весьма сложно. В этом должен быть заинтересован в первую очередь кредитор, а при размере долга в 50 тыс. руб. он не будет усердствовать. Если речь идет о небольших суммах, тем же банкам будет даже выгодно обанкротить заемщика, чтобы списать безнадежные долги и расчитать баланс», – считает Юлий Тай⁹.

Сдерживающим фактором для принятия закона является слабая организационная составляющая обеспечения реализации его действия. Осуществление процедуры банкротства граждан, по крайней мере на начальном этапе, предполагает значительное увеличение нагрузки на судейский корпус. Даже с учетом формирования института судебных присутствий проблема рассмотрения дел о банкротстве не будет решена.

Несомненно, вопрос о правовом регулировании процедуры банкротства физических лиц, как предпринимателей, так и не занимающихся предпринимательской деятельностью граждан, необходимо решать.

Предложенный законопроект имеет ряд неоспоримых плюсов:

1. Многие банки будут вынуждены пересмотреть свою кредитную политику, так как они еще недавно вели стратегию откровенного заманивания клиентов.
2. Защита граждан от так называемого "выбивания" долгов псевдозаконными способами.
3. Предоставление возможности должникам расплатиться с тяжелыми долгами с наименьшим уроном для себя, а кредиторам - уменьшение расходов на взыскание долгов.
4. Сжатые сроки процедуры банкротства, в результате которой должник быстрее возвратят долги, что выгодно и кредиторам.

К минусам можно отнести:

- возможность сокращения кредитования частных лиц и ужесточения требований к заемщикам, повышению процентной ставки по кредитам;
- отсутствие мероприятий, направленных на предотвращение банкротства физических лиц;
- увеличение нагрузки на судей и арбитражных управляющих;
- размытые критерии и пределы ответственности должника в случае нарушения закона.

Законопроект воспринял в себя положения зарубежного законодательства, в частности Кодекса о банкротстве США 1978 г., Германского закона о банкротстве 1994 г., шведского Акта об освобождении от долгов, принятого в дополнение к закону о банкротстве.

Предложенный Минэкономразвития проект закона в целом повторяет положения действующего закона, но в нем подробнее прописаны детали процедуры банкротства физических лиц по сравнению с нынешним законом о банкротстве.

На основании этого можно сделать вывод о том, что не следует принимать отдельный закон о банкротстве физических лиц, а усовершенствовать уже существующий ФЗ «О несостоятельности

(банкротстве) в РФ» и ввести в действие положения, касающиеся банкротства граждан, а также внести соответствующие изменения в ГК РФ, УК РФ и иные законодательные акты.

Если есть закон, носящий общий характер, то частные изменения следует вносить именно в него. В противном случае создаётся юридическая путаница, порождающая коллизии в праве, когда два закона регулируют схожие по смыслу общественные отношения.

¹ О некоторых вопросах практики применения Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»: Постановление Пленума ВАС РФ от 15.12.2004 №29 // Хозяйство и право. 2005. №2.

² См. например: Попондопуло В.Ф., Слепченко Е.В. Проблемы совершенствования законодательства о банкротстве в условиях финансового кризиса // Арбитражные споры. 2010, №1.

³ Беляева О. Банкротство граждан // Юридическая газета. 2011. №18.

⁴ См. например: Кирилловых А.А. Банкротство гражданина: перспективы развития правового института // Законодательство и экономика. 2011, №3.

⁵ Свириденко О.М. История и современная концепция института несостоятельности (банкротства) в России // Банковское право. 2010. №6.

⁶ Закон о банкротстве физлиц будет принят в ближайшее время [Электронный источник] URL: <http://банкротство.рф/news/3433>

⁷ Кирилловых А.А. Указ. соч. С. 3.

⁸ Жуков А. Граждан обанкротят? // Юридическая газета. 2011, №21.

⁹ «Гражданам возвращают несостоятельность» [Электронный источник]. URL: <http://www.arbitr.ru/press-centr/smi/34760.html>

А.С. Зарубин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЗАЯВКИ НА УЧАСТИЕ В ТОРГАХ НА ПОСТАВКУ ТОВАРОВ, ВЫПОЛНЕНИЕ РАБОТ, ОКАЗАНИЕ УСЛУГ ДЛЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ И МУНИЦИПАЛЬНЫХ НУЖД

При проведении конкурсов, аукционов (в том числе в электронной форме) в соответствии с требованиями Федерального закона от 21.07.2005 г. №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о размещении заказов, Закон №94-ФЗ), Заказчик, как правило, реализует право установить в документации требование о внесении участниками размещения заказа денежных средств, в качестве обеспечения заявки на участие в торгах в размере не более 5% от начальной (максимальной цены контракта) в соответствии со статьями 20, 32, 41.1 Закона о размещении заказов.

В теории не существует единого подхода к правовой природе названного обеспечения заявки на участие в торгах. Большинство ученых предлагают рассматривать данное обеспечение в качестве задатка¹.

В то же время ч. 4 ст. 448 Гражданский кодекса РФ (далее – ГК РФ) предусматривает необходимость внесения участниками торгов задатка в случае и порядке, предусмотренном документацией о торгах. Закон о размещении заказов, в том числе статьи 20, 32, 41.1 названного закона содержат иной термин – внесение денежных средств в качестве обеспечения участия в торгах.

Позиция ученых о том, что внесение участниками размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд обеспечения заявки на участие в торгах приравнивается к внесению задатка по условиям ГК РФ не бесспорна.

Согласно ч. 1 ст. 380 ГК РФ задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения.

Задаток используется как один из способов обеспечения исполнения обязательств. Однако кроме обеспечительной функции в силу легального определения понятия задатка, содержащегося в ст. 380 ГК РФ, задаток выполняет также платежную и доказательственную функцию.

Из анализа норм Закона о размещении заказов следует, что при размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд победитель торгов, как правило, не платит Заказчику.

Напротив, исходя из необходимости последнего в соответствующих товарах, работах, услугах денежные средства уплачиваются Заказчиком соответственно поставщику, подрядчику, исполните-

лю. Исключение составляют случаи, когда в результате проведения аукциона, в том числе аукциона в электронной форме в ходе проведения торга цена контракта снижена до нуля. В таких случаях аукцион, в том числе в электронной форме, продолжается на право заключения контракта путем повышения цены, которую победитель аукциона уплатит Заказчику по окончании торгов (статьи 37, 41.10 Закона о размещении заказов).

Следовательно, внесение денежных средств в качестве обеспечения заявки на участие в торгах (в соответствии с Законом о размещении заказов), как правило, не носит платежный характер.

Е.А. Суханов считает, что задаток при заключении договора на торгах одновременно выполняет не три, а две функции: доказательственную и обеспечительную². Однако Е.А. Суханов высказывается относительно задатка, который вносится при проведении торгов исключительно в соответствии с нормами ГК РФ.

Согласно ст. 448 ГК РФ лицо, выигравшее торги, при уклонении от подписания протокола утрачивает внесенный им задаток. Организатор торгов, уклонившийся от подписания протокола, обязан возвратить задаток в двойном размере, а также возместить лицу, выигравшему торги, убытки, причиненные участием в торгах, в части, превышающей сумму задатка. В то время как из норм Закона о размещении заказов однозначно следует, что лицо, с которым должен был заключен государственный или муниципальный контракт, не имеет права отказаться от заключения такого контракта.

В противном случае, денежные средства, внесенные в качестве обеспечения заявки на участие в торгах, такому лицу не возвращаются в силу статей 29, 38, 41.12 Закона о размещении заказов. Однако Закон о размещении заказов не обязывает Заказчика возвратить названному лицу денежные средства, внесенные им в качестве обеспечения заявки на участие в торгах в двойном размере в случае уклонения таким Заказчиком от заключения госконтракта.

Следует согласиться с мнением Е.А. Суханова о том, что остается неясным обязательство, в обеспечение которого участники торгов вносят денежные средства в качестве обеспечения заявки на участие в торгах. Подавая заявку на участие в торгах и внося денежные средства в качестве обеспечения заявки на участие в торгах, нет никаких оснований полагать, что именно с данным субъектом будет заключен госконтракт.

В.В. Витрянский и М.И. Брагинский называют такие обязательства условными³.

С.В. Щербинин считает, что ГК РФ содержит в себе некоторые противоречия между регулированием общих положений о задатке и задатке, который вносится участниками торгов⁴.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что внесение денежных средств в обеспечение в качестве обеспечения заявки на участие в торгах, проводимых в соответствии с нормами Закона о размещении заказов, является иным способом обеспечения обязательств в соответствии со ст. 329 Гражданского кодекса РФ, поскольку имеет несколько вышеперечисленных принципиальных отличий от «классического» задатка. Данный вывод также подтверждается судебной практикой⁵.

¹ Вайпан В.А., Любимов А.П. Практика применения законодательства о размещении заказов для государственных и муниципальных нужд // Право и экономика. 2009. №5. С. 24–31; Савельева О.А. Актуальные вопросы заключения государственного контракта на выполнение подрядных работ для государственных нужд // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2009. №3. С. 22–26; Щербинин С.В. О правовой природе задатка при заключении договора на торгах // Юрист. 2005. №3. С. 18–22.

² Гражданское право: учебник / под ред. Е.А. Суханова. Т. II (Полутом 1). М., 2004. С. 66.

³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. Кн. 1. М., 2010.

⁴ Щербинин С.В. О правовой природе задатка при заключении договора на торгах // Юрист. 2005. №3. С. 18–22.

⁵ Определение ВАС РФ от 27.03.2008 №4075/08 по делу №А14-224/2007-2/32 // СПС КонсультантПлюс.

М.А. Зинковский, С.В. Тычинин

Белгородский государственный университет, г. Белгород

ПРАКТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ РАЗГЛАШЕНИЯ СЕКРЕТОВ ПРОИЗВОДСТВА (НОУ-ХАУ)

Деятельность хозяйственных обществ подчинена правилам рыночной экономики и свободной конкуренции, что является стимулом к выпуску более качественной продукции, чем у ближайших конкурентов. Рыночное преимущество не может слагаться без секретов производства (ноу-хау), которые для отдельного бизнеса носят приоритетный характер, во многом благодаря им бизнес «существует» на рынке. Такую ситуацию можно наблюдать в торговле заменимым однородным товаром,

производстве товаров повседневного спроса, изготовлении продуктов питания. Однако секреты производства периодически разглашаются работниками третьим лицам без ведома на то работодателя, что вызывает ряд проблем, связанных с компенсационными и иными исками со стороны работодателя. В судебной практике не раз возникали вопросы о том как доказать факты разглашения работником секретов производства; как выстроить кадровое делопроизводство, внутренние документы предприятия и корпоративное право в подобных ситуациях; к какой ответственности можно привлечь работника за подобные действия; как и в каком размере взыскать ущерб, упущенную выгоду, затраты на остановку технологических процессов и т.п.?

В науке гражданского и трудового права существует ряд работ прямо или косвенно связанных с указанной проблематикой: М.И. Бару, С.А. Барышев, О.А. Елисеева, Т. Залялова, Е. Зверева, Г.М. Колебошин, Н.М. Кочанова, А.В. Минбалеев, Р.С. Нагорный, Е. Нетбай, О.А. Потрашкова, Д.В. Протасов, В. Погуляев, А.П. Сергеев, О.В. Сушкова, Д.А. Ситишко, В.И. Серебровский, Ю.К. Толстой, В.А. Хохлов, М.Ю.Чайков, А.М. Чайкова, С.А. Чернышева, А.М. Эрделевский, И.В. Яблокова и другие.

Большинство современных работодателей не до конца понимают термин «секреты производства» или «ноу-хау», так как это понятие, прежде всего, относится к гражданскому праву. Законодатель в ст. 1465 ГК РФ под секретом производства (ноу-хау) понимает сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны.

С точки зрения правоприменительной практики данное понятие имеет ряд существенных признаков):

1. Законодатель уравнивал юридически термины «секреты производства» и «ноу-хау». Этот момент необходимо учитывать во всех отношениях, складывающихся между работником и работодателем, как на этапе введения в документооборот режима коммерческой тайны, так и на досудебных и судебных стадиях. При составлении документов (приказ о введении режима коммерческой тайны на предприятии, положение о коммерческой тайне на предприятии, протокол общего внеочередного собрания учредителей (участников, акционеров и т. п.) предприятия о введении коммерческой тайны и т. п.) следует указывать терминологию сообразно ст. 1465 ГК РФ, то есть – «секреты производства (ноу-хау)», дабы избежать излишних проблем и процессов судебного доказывания как самого режима коммерческой тайны, так и факта ее разглашения работником третьим лицам.

2. Секреты производства (ноу-хау) – это тайные сведения, такой признак находится в прямой причинно-следственной связи со словом «секреты». Признак секретности для данного понятия имеет существенное значение, так как если технологические и иные процессы известны широкому кругу лиц (например, конкурентам в одной и той же отрасли производства, торговли и т.д.), то секретность теряет свой смысл и не может квалифицировать сведения работодателя как секреты производства (ноу-хау).

3. Действительная или потенциальная коммерческая ценность секретов производства в силу неизвестности их третьим лицам. Данный признак характеризует и квалифицирует секреты производства с точки зрения их практической экономической ценности. Сведения, составляющие секрет производства должны быть, во-первых, экономически выгодны (по принципу «меньшими затратами – больший результат (прибыль)»), во-вторых, такие сведения должны иметь коммерческую (экономическую) ценность в настоящее время (большие прибыли при меньших издержках; большая экономическая эффективность; особый порядок организации рабочего времени; высокий коэффициент полезного действия работников; товары лучшего качества без визуальных изменений и т.п.) или в обозримом будущем (применение новых технологий, материалов, схем производства, робототехники и пр.).

4. Отсутствие у третьих лиц свободного доступа к секретам производства на законном основании. Это означает, что секреты производства не могут быть «выставлены для всеобщего пользования», что предопределено вышеуказанными экономическими предпосылками. Секреты производства могут переходить к третьим лицам только по специальным договорным отношениям или специальным способом, который стороны предусмотрели.

5. Секреты производства признаются таковыми только при введении в их отношении режима коммерческой тайны. Все иные сведения не могут являться секретами производства, так как не охраняются специальным способом, условиями, ответственностью (в том числе уголовно-правовой). Следует учитывать, что коммерческая тайна представляет собой режим конфиденциальности информации, позволяющий ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду (абзац 1 ст. 3 ФЗ РФ «О коммерческой тайне»). Более того, законодатель определяет информацию составляющую коммерческую тайну как секрет производства (абзац 2 ст. 3 ФЗ РФ «О коммерческой тайне»).

Таким образом, законодательно и терминологически секрет производства есть ноу-хау и есть информация, составляющая коммерческую тайну. При оформлении любых действий и документов работодателю и работнику следует иметь ввиду, что ни ГК РФ, ни ТК РФ не содержат хотя бы примерный перечень секретов производства. Подобная ситуация порождает существенные проблемы в ходе судебного доказывания факта квалификации той или иной информации как секрета производства. Суд по своему внутреннему убеждению может квалифицировать те или иные сведения и как секрет производства и как общеизвестную информацию.

Примечательно, что особенности и способы разглашения работником секретов производства (ноу-хау) третьим лицам продиктованы как правоприменительной практикой, так и действующим законодательством. Законодатель под разглашением информации, составляющей коммерческую тайну понимает действие или бездействие, в результате которых информация, составляющая коммерческую тайну, в любой возможной форме (устной, письменной, иной форме, в том числе с использованием технических средств) становится известной третьим лицам без согласия обладателя такой информации либо вопреки трудовому или гражданско-правовому договору (абзац 9 ст. 3 ФЗ РФ «О коммерческой тайне»). На практике существуют следующие способы разглашения работником секретов производства: 80% случаев устное или письменное разглашение коммерческой тайны путем различного рода встреч, бесед, обмена документами между работниками конкурирующих структур, якобы обмен опытом между коллегами и т.п.; 40% случаев составляют так называемые интернет коммуникации (обмен письмами и информацией посредством электронной почты, обсуждения в интернет блогах и социальных сетях, видеообщение и т.п., – см., например: определение Московского областного суда от 16.09.2010. по делу №33-18051) и т. д.

Деяния сотрудника, направленные на разглашение коммерческой тайны, содержащей в себе секреты производства работодателя должны носить явный характер и в обязательном порядке должны подтверждаться определенными средствами доказывания (видеозапись беседы, рабочего дня, производственного процесса и т.д.; аудио записи, фотографии; иные документы и вещественные доказательства). Особое значение в подобного рода деяниях работника представляет собой разглашение коммерческой информации, содержащей секреты производства государственным органам и должностным лицам. В подобных ситуациях доказать сам факт разглашения сведений будет крайне сложно, так как процесс разглашения суд может квалифицировать в дачу пояснений сотрудникам тех или иных государственных структур (яркий пример: налоговая проверка в результате которой работники бухгалтерии вынуждены давать пояснения и предоставлять документы сотрудникам налоговой службы; в ходе таких пояснений могут быть разглашены схемы оптимизации налогообложения, финансовых потоков, способы реструктуризации текущих долгов, вопросы договорной и платежной дисциплины и т.д.). Вместе с тем, Высшие судебные инстанции РФ разъясняют, что к ответственности за нарушение исключительного права на секрет производства (ст. 1472 ГК РФ) может быть привлечено любое лицо, разгласившее сведения, составляющие секрет производства (или допустившее иные нарушения исключительного права), в том числе публично-правовое образование (Российская Федерация, субъект Российской Федерации, муниципальное образование), если его орган, получивший доступ к соответствующей информации, такую информацию разгласил (Постановление Пленума ВС РФ №5, Пленума ВАС РФ №29 от 26.03.2009. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

Для того, чтобы доказать в гражданском процессе факт разглашения работником секретов производства (ноу-хау) третьим лицам и размер причиненного работником ущерба работодателю следует учитывать следующие особенности:

1. Необходимо доказать факт трудовых отношений между работником и работодателем (трудовой договор, договор о полной материальной ответственности, приказы о приеме/увольнении работника, положение о коммерческой тайне на предприятии и иные доказательства).

2. Работодателю в суде необходимо будет доказать факт того, что работник был допущен к определенным сведениям, содержащим коммерческую тайну о секретах производства (положение о коммерческой тайне на предприятии, приказ о перечне сведений, содержащих секреты производства, журнал инструктажа об уголовной ответственности за распространение секретов производства, локальные акты работодателя о перечне лиц, осуществляющих работу с секретами производства, иные акты работодателя в сфере трудовых отношений, касающихся режима введения, организации и защиты секретов производства, как коммерческой тайны).

3. Работодателю следует доказать факт того, что работник несмотря на допуск к материалам, сведениям и документам, содержащим коммерческую тайну, обладал (был потенциальным носителем такой информации на момент разглашения) ими в действительности. Бывают ситуации, когда работник обладает той или иной информацией, однако она уже не является секретом производства.

4. Особую сложность в процессе доказывания имеют случаи, когда достоверно установлен факт разглашения работником секретов производства третьим лицам, которые по прошествии незначительного периода времени (неделя, месяц, квартал) стали законными и добросовестными пользователями разглашенных секретов производства (контрагенты по договору об отчуждении исключительного права на секрет производства (ст. 1468 ГК РФ); лицензионному договору о предоставлении права использования секрета производства (ст. 1469 ГК РФ); иным трудовым договорам, а также поименованным и непоименованным гражданско-правовым договорам (ст. 421 ГК РФ). В подобных ситуациях возможны встречные иски работника, а также заявления о повороте исполнения решения суда (по искам о взыскании ущерба за действия работника и т. п.).

5. В обязательном порядке подлежат доказыванию действия работника, повлекшие за собой разглашение секретов производства (аудио, видеозаписи, свидетельские показания, адвокатские запросы и пр.).

6. Отдельной проблемой доказательственного процесса по таким делам является определение размера имущественной ответственности работника перед работодателем. Многие работодатели в исках указывают значительные суммы ущерба (включая сюда разнообразные суммы: реальный ущерб, прямой действительный ущерб, расходы на возобновление производства и т. д.), которые в суде взыскать не представляется возможным по ряду причин. Во-первых, действующее законодательство не содержит компенсационных понятий об ущербе и выплате по данным делам. Во-вторых, если трудовые отношения между работником и работодателем носили гражданско-правовой, а не трудовой характер, – суд все равно может применить к ним правовой режим ТК РФ. В-третьих, если отношения сторон строились строго по ТК РФ, то и взыскание сумм убытков за разглашение секретов производства будет протекать строго в рамках ТК РФ. Следует иметь в виду, что работодатель может взыскать с работника материальный ущерб за разглашение секретов производства третьим лицам только в пределах прямого действительного ущерба.

Существенно, что в предмет доказывания по таким делам с большой долей вероятности войдут следующие вопросы: 1) Был ли факт разглашения работником секретов производства в действительности? 2) Допустима ли огласка секретов производства участникам гражданского процесса при проведении сложных экспертиз в судебном заседании на предмет квалификации информации как «секрет производства» (для целей определения возможного материального ущерба работодателю)? 3) Устранен ли действительный источник разглашения секретов производства или подобная информация была ненадлежащим образом защищена на предприятии как гриф «коммерческая тайна»? и т. д.

Все вышесказанное подтверждает сложность досудебных и судебных споров, связанных с разглашением работником третьим лицам секретов производства работодателя, а также сложность построения линии защиты, процессуальной позиции и возможных рисков. Вместе с тем, современное гражданское, трудовое и корпоративное законодательство РФ позволяет работнику и работодателю найти баланс взаимных интересов в вопросах правовой охраны секретов производства путем грамотного юридического оформления соответствующих документов (положения, приказы, трудовые договоры и т.д.)

НОВЫЕ ВАРИАЦИИ ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВОГО ОФОРМЛЕНИЯ НАНТЕХНОЛОГИЧНОГО ХОЗЯЙСТВОВАНИЯ

Современное социохозяйственное развитие всех стран мира демонстрирует устойчивую основополагающую тенденцию перехода от постиндустриальной экономики к инновационной лишь с разной степенью желаемых достижимых эффектов¹.

Общепризнанного определения категории «инновационная экономика» в науке не существует. Бюро статистики Европейского сообщества (The Statistical Office of the European Communities) (далее – Евростат) в Руководстве Осло² определяет понятие инновации как «введение в употребление какого-либо нового или значительно улучшенного продукта (товара или услуги) или процесса, нового метода маркетинга или нового организационного метода в деловой практике, организации рабочих мест или внешних связях». В соответствии с Руководством Фраскати (документ принят Организацией экономического сотрудничества и развития – ОЭСР в 1993 г. в итальянском городе Фраскати) инновация определяется как конечный результат инновационной деятельности, получивший воплощение в виде нового или усовершенствованного продукта, внедренного на рынке, нового или усовершенствованного технологического процесса, используемого в практической деятельности либо в новом подходе к социальным услугам³.

Инновационная экономика базируется на «интеллектуальных ресурсах, наукоемких и информационных технологиях, эффективном использовании и качественном совершенствовании всех факторов производства»⁴. Это экономика, основанная «на существенном и массовом использовании научных знаний в производстве товаров и услуг»⁵. Предполагается, что в условиях инновационного хозяйствования в основном прибыль создаёт интеллект новаторов и учёных, информационная сфера, а не материальное производство (индустриальная экономика) и не концентрация финансов (капитала)⁶.

При этом одной из наиболее перспективных отраслей производства становится nanoиндустрия, которая нацелена на производство новых, концептуально отличающихся от предыдущих поколений продуктов и материалов. По сути, nanoиндустрия и представляет собой способ создания нового типа массового стандартизированного производства в глобальном масштабе, который характеризуется не только технологией принципиально иного уровня, но и соответствующими ей экономическими и социальными отношениями субъектов всех частей GES⁷.

В целом, нанотехнологичная экономическая деятельность включает все научные, технологические, организационные, финансовые и коммерческие шаги, которые фактически или по замыслу ведут к реализации результатов нанотехнологий. Некоторые из этих видов деятельности могут быть инновационными по своей сути, тогда как другие не содержат новизны, но необходимы для осуществления инноваций⁸. Отсюда логично вытекает, что деятельность субъектов или акторов нанотехнологичного хозяйствования заключается в разработке и внедрении nano-инноваций, доведении этих новшеств до стадии коммерческого использования и распространения на рынке в виде нового продукта или процесса, внедрения его в повседневную жизнь и основывается на соответствующем организационно-правовом оформлении, определяющем их правовой статус (личный статус).

Участники нанотехнологичной экономической деятельности как деятельности инновационной, призваны обеспечить эффективный процесс коммерциализации ее достижений, а также поднять национальное инновационное хозяйство на такой уровень, который позволит говорить о нем как об определяющем элементе международной конкурентоспособности страны⁹.

Субъектами этой деятельности могут выступать юридические лица независимо от организационно-правовой формы и формы собственности, физические лица РФ, иностранные организации и граждане, а также лица без гражданства, участвующие в инновационной нанотехнологичной деятельности¹⁰.

К юридическим лицам, осуществляющим нанотехнологичную деятельность относятся, главным образом, научно-исследовательские учреждения и центры, осуществляющие фундаментальные и прикладные исследования; проектно-конструкторские учреждения; проектно-технологические организации, разрабатывающие и изготавливающие технологические системы производства товаров; инно-

вационные предприятия, специализирующиеся на внедрении результатов интеллектуальной деятельности в производство¹¹.

Физические лица - отдельно взятые работники и их семьи, занятые нанотехнологичным предпринимательством без образования юридического лица в основном в научно-технической сфере представляют наноуровень инновационной экономической деятельности. Это в первую очередь, изобретатели, конструкторы и другие творческие личности, создающие нано-инновацию и осуществляющие нанотехнологичное хозяйствование в сфере предоставления персональных услуг¹². В качестве индивидуального предпринимателя в нанотехнологичной сфере может выступать и лицензиат, т.е. физическое лицо, получившее право использования объекта промышленной собственности¹³.

Таким образом, субъектный состав участников нанотехнологичных правоотношений, как и инновационных в целом достаточно широк. При этом закон не требует приобретения особого статуса для осуществления соответствующего вида деятельности, поскольку основанием отнесения лица к субъектам любого рода инновационной деятельности служит сам факт его участия в этой деятельности¹⁴. Возможно, что с целью упорядочения государственного контроля за инновационной сферой, особенно, когда речь идет о наноиндустрии было бы целесообразно введение системы аккредитации или лицензирования соответствующего вида деятельности, а также формирование единого государственного реестра субъектов, осуществляющих инновационную деятельность в сфере нанотехнологий.

Основными же субъектами нанотехнологичной деятельности выступают юридические лица. А праву корпораций отведена особая роль в деле упорядочивания процесса наноиндустриализации. Эта сфера правового регулирования находится в перечне наиболее динамично развивающихся и востребованных наноиндустрией областей права¹⁵. Поэтому интенсификация процесса модернизации права корпораций в условиях инновационного хозяйствования и основательная реформация его основных положений, в том числе касающихся перманентно представленных и недавно предусмотренных национальным законодателем возможных корпоративных форм инновационного предпринимательства, прежде всего, хозяйственных обществ и их объединений ожидаемы и не вызывают удивления¹⁶.

С точки зрения вовлеченности участия, доминирования и перманентности присутствия в национальном праве их организационно-правовых форм субъектов инновационной экономической деятельности можно, хотя и с достаточной степенью условности, дифференцировать на две группы: непосредственных (инвариантных для национального гражданского права и специализированных) и опосредованных (с обеспечительным и обслуживающим функционалом) акторов.

Общества, основанные на капитале являются основными – непосредственными и инвариантными акторами национального хозяйственного оборота. Не является исключением и нанотехнологичное хозяйствование. От эффективной нанотехнологичной деятельности хозяйственных обществ и их объединений во многом зависит состояние современной российской экономики, взявшей в последнее десятилетие курс на инновационное развитие¹⁷.

В связи с этим нельзя обойти вниманием новый для российского гражданского права вид юридического лица – хозяйственное партнерство, деятельность которого с 1 июля 2012 года регулируется Федеральным Законом «О хозяйственных партнерствах»¹⁸, являющийся на сегодняшний день, несомненно, наиболее адаптированным законодательным актом к потребностям реализации в Российской Федерации новой экономической политики в условиях создания «индустрии знаний» и перехода на наноиндустрию как основу инновационного хозяйствования.

Данный нормативно-правовой акт направлен на решение задач, продиктованных формирующейся новой экономической системой, остро ощущающей потребность в выведении на арену мирового хозяйствования дополнительных акторов инновационной деятельности с необходимыми для ее эффективного осуществления юридическими характеристиками и возможностями. Требуемый набор качественных правовых признаков такого юридического лица был определен национальным законодателем с учетом международного опыта, имеющегося у стран, ставших лидерами в деле инновационного хозяйствования и показавших наиболее высокие результаты производства его результатов. Вспомогательное значение в процессе правотворчества принадлежало постепенно складывающейся в Российской Федерации соответствующей правоприменительной практике.

Перечень искомых законодателем особенностей создаваемой организационно-правовой формы перечислены в пояснительной записке ФЗ «О хозяйственных партнерствах». Среди них:

- наличие «корпоративного щита» (юридического лица) при одновременно минимальных требованиях к отчетности;
- ограниченная ответственность участников компании по ее обязательствам в пределах стоимости внесенных ими вкладов и пропорционально их размеру;

- возможность непропорционального распределения прав и обязанностей участников, прибыли и убытков, голосов и т.д.;
- максимально возможная конфиденциальность информации об инновационном (венчурном) бизнес-проекте для третьих лиц;
- минимальные затраты на ликвидацию компании (включая временные);
- возможность оценки вкладов в компанию по соглашению участников;
- возможность договорного установления специального порядка и условий оборота акций (долей) компании;
- возможность в соответствии с соглашением предусмотреть ответственность за «переманивание» ключевых сотрудников компании в случае их выхода из венчурного бизнес-проекта;
- минимальная регуляторная нагрузка со стороны государства, в том числе упрощенный порядок ликвидации неуспешных компаний;
- возможность участия в нескольких проектных компаниях одновременно;
- возможность обеспечения в определенных случаях приоритета участников перед кредиторами и одних участников перед другими в случае ликвидации (прекращения) компании¹⁹.

Полагаем, что основными достоинствами данной организационно-правовой формы в контексте развития нанотехнологий и становления nanoиндустрии можно назвать следующие:

1. Отсутствие установленного размера уставного капитала. Данное обстоятельство является, безусловно, специфичным, но в то же время и позитивным фактором, выделяющим хозяйственное партнерство среди других форм корпоративного предпринимательства в сфере инноваций и нанотехнологий. Хотя, надо заметить, что законодатель все же оставил за собой право посредством акта, изданного Правительством Российской Федерации устанавливать нормативы достаточности собственных средств партнерств, осуществляющих определенные виды деятельности.

Такая юридическая возможность хозяйствующего в области nanoиндустрии субъекта удобно согласуется с рискованым характером исследуемой инновационной деятельности. Действительно, в связи с тем, что какое-либо прогнозирование прибыли от осуществляемой инновационной деятельности зачастую крайне затруднительно, юридическую возможность поэтапного внесения вкладов в капитал общества следует признать очень своевременным и оптимальным решением.

2. Ограниченность ответственности участников партнерства долей внесенных ими в капитал общества средств.

Законодательное ограничение ответственности учредителей и участников хозяйственного партнерства выполняет хотя и традиционную для ранее рассмотренных форм корпоративного хозяйствования, но тем не менее одну из приоритетных защитных функций организации инновационного предпринимательства от возможных неблагоприятных последствий, которые могут явиться следствием банкротства юридического лица.

3. Возможность ограничения права участников на свободный выход из партнерства до окончания срока проекта или достижения, заявленных целей.

Названная правовая характеристика хозяйственного партнерства позволяет говорить о принятой законодателем попытке нормативного закрепления необходимого в условиях становления инновационной экономики и nanoиндустрии жесткого режима контроля за исполнением взятых на себя участниками юридического лица обязательствах, что обеспечивает минимальные правовые гарантии в крайне нестабильной и сопровождающейся повышенными финансовыми рисками нанотехнологической деятельности, а также производства и коммерциализации ее результатов.

Говорить о недостатках создаваемой альтернативы корпоративного инновационного хозяйствования пока рано, в связи с отсутствием примеров ее функционирования.

Выделяя же существенные правовые характеристики хозяйственных партнерств, можно назвать те из них, которые, на наш взгляд, выгодно отличают их от рассмотренных ранее видов корпораций – непосредственных акторов nanoиндустриализации, таких как: общество с ограниченной ответственностью и акционерное общество. В первую очередь, это юридически закрепленная способность хозяйственного партнерства изменять размер уставного капитала; и, во-вторых, право заключать «гибкие» соглашения, фактически по неограниченному кругу вопросов, возникающих в процессе реализации инновационной, в том числе нанотехнологической деятельности.

Таким образом, можно надеяться, что хозяйственное партнерство обеспечит организацию одного из наиболее продуктивных видов корпоративного инновационного хозяйствования, который в полной мере будет согласовываться со стратегическими задачами государства в сфере нанотехнологий.

¹ См. подробнее: Кондратьев Н.Д., Яковец Ю.В., Абалкин Л.И. Большие циклы конъюнктуры и теория предвидения: Избранные труды. М.: Экономика. 2002. 767 с; Иншаков О.В. Стратегия и тактика государственной по-

литики развития nanoиндустрии в России: Материалы к докладу на Общем собрании Отделения общественных наук РАН. 13 декабря 2010 г. Москва. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2010.

² Руководство Осло. Рекомендации по сбору и анализу данных по инновациям. Издание Третье. Совместная публикация ОЭСР и Евростата // Официальный сайт Национального центра по мониторингу инновационной инфраструктуры научно-технической деятельности и региональных инновационных систем. Электронный ресурс. Режим доступа: <http://www.miiis.ru/>.

³ См. подробнее: Официальный сайт ОЭСР // Электронный ресурс. Режим доступа: http://www.oecd.org/home/0,2987,en_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html.

⁴ См. подробнее: Шевченко, И.В., Александрова, Е.Н. Инновационная экономика: вопросы теории и основные тенденции развития // Финансы и кредит. 2005. №14. С. 7–16.

⁵ См. например: Лебедев С.А. Философия науки: Словарь основных терминов. М.: Академический Проект, 2004. 320 с. (Серия «Gaudeamus»)

⁶ См. подробнее: Исмаилов Т.А. Инновационная экономика – стратегическое направление развития России в XXI веке // Журнал Инновации. 2003. №1.

⁷ См. подробнее: Иншаков О.В. Стратегия и тактика государственной политики развития nanoиндустрии в России: Материалы к докладу на Общем собрании Отделения общественных наук РАН. 13 декабря 2010 г. Москва. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2010; Иншаков О.В. Nanoиндустриализация в глобальном контексте. Волгоград, 2010. С. 4.

⁸ Руководство Осло. Рекомендации по сбору и анализу данных по инновациям. Издание Третье. Совместная публикация ОЭСР и Евростата // Официальный сайт Национального центра по мониторингу инновационной инфраструктуры научно-технической деятельности и региональных инновационных систем. - Электронный ресурс. Режим доступа: <http://www.miiis.ru/>.

Руководство Осло рекомендации по сбору и анализу данных по инновациям, Изд. Третье, совместная публикация ОЭСР и Евростата. Национальный центр по мониторингу инновационной инфраструктуры научно-технической деятельности и региональных инновационных систем // Электронный ресурс. Режим доступа: <http://www.miiis.ru/>.

⁹ См. подробнее: Иншакова А.О. «Высокие технологии» частноправового регулирования nanoиндустриализации. Москва: Юрлитинформ. 2013.

¹⁰ Гусев К.Н. Инновации в России: проблемы и перспективы // Банковское дело. 2010. №1. С. 12–16.

¹¹ См., подробнее: Алексеева Д.Г., Андреева Л.В., Андреев В.К. [и др.] Российское предпринимательское право / Под ред. И.В. Ершовой, Г.Д. Отнюковой. М., 2010.

¹² Об обоснованности субъектного состава nanoуровня экономики см. подробнее: Иншаков О.В. Nanoиндустриализация в глобальном контексте. Волгоград: изд-во: ВолГУ, 2010. С. 12.

¹³ См. подробнее: Российское предпринимательское право: Учебник \ отв. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. Москва: «Проспект», 2011.

¹⁴ См. подробнее: Российское предпринимательское право: Учебник \ отв. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. Москва: «Проспект», 2011.

¹⁵ См. Официальный сайт Роснано // Электронный ресурс. Режим доступа: <http://www.rusnano.com>.

¹⁶ См. например: Проект Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации». URL: <http://www.rg.ru/2011/09/14/gk-izm-site-dok.html> (дата обращения: 14.09.2011).

¹⁷ См. подробнее: Иншакова, А.О. Позитивные уроки интеграции правового регулирования защиты прав участников хозяйственных обществ в РФ и ЕС. Москва: «Юрист». 2012. 204 с.

¹⁸ Федеральный закон Российской Федерации от 3 декабря 2011 года №380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» // «Российская газета». № 278. 09.12.2011.

¹⁹ Пояснительная записка к проектам Федеральных Законов «О хозяйственных партнерствах» и «О внесении изменений в часть первую Гражданского Кодекса Российской Федерации в связи с принятием Федерального Закона «О хозяйственных партнерствах» // Справочно-правовая система «Консультант Плюс»

З.И. Исмоилова

Российско-Таджикский (славянский) университет, г. Душанбе

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ РАСЧЕТНЫХ ДОКУМЕНТОВ

Для начала определимся с понятием «форма расчетов», которое не редко отождествляют с термином «расчетные (платежные) документы».

Динамика международных расчетных отношений определяется выполнением банком распоряжения владельца счета о перечислении и выдаче соответствующей суммы, которая реализуема в пределах выбора одной из форм расчетов. Как отмечает О.С. Иоффе, «чтобы изучить каждую в отдель-

ности форму денежных расчетов в динамике, необходимо ориентироваться на весь комплекс связанных с ней правоотношений в пределах, в каких они оказывают непосредственное влияние на операции по денежным расчетам»¹.

В научной литературе сложились несколько подходов к понятию «форма расчетов». Приведем пару примеров.

Д.А. Медведев под формой расчетов понимает разновидность обязательства клиента и обслуживающего его банка по исполнению (получению) безналичного платежа. При этом автор предлагает отличать формы расчетов от расчетных документов, хотя они и могут иметь такое же название, как и соответствующая форма расчетов (например, платежное поручение, аккредитив, чек), однако они выполняют учетно-бухгалтерскую и информационную функции².

Анализируя понятие «формы безналичных расчетов» В.В. Витрянский пришел к выводу, что оно употребляется в юридической литературе и судебной практике в двух различных аспектах. Во-первых, с точки зрения контрагентов в договоре, по которому производятся расчеты за товары, работы или услуги, избрание сторонами той или иной формы безналичных расчетов означает определение соответствующего порядка и способов исполнения денежного обязательства по договору с использованием денежных средств, находящихся на банковском счете должника. Подобное понимание сути форм безналичных расчетов была отмечена В.А. Беловым и Е.А. Сухановым³. Во-вторых, с точки зрения участников банковских расчетов (расчетных правоотношений) применение той или иной формы безналичных расчетов означает, прежде всего, различные действия банков по перечислению денежных средств со счетов клиентов и их документальному оформлению, predeterminedенные видом расчетного документа (распоряжения денежными средствами), представленного клиентом банка⁴.

По мнению Л.А. Новоселовой, под формами безналичных расчетов «понимаются урегулированные законодательством условия исполнения через банк денежных обязательств, отличающиеся порядком зачисления средств на счет кредитора, видом расчетного документа и порядком документооборота»⁵. Схожая позиция была отмечена О.Р. Годуниным⁶.

На наш взгляд, достаточно четко раскрывает суть формы международных расчетов Н.Ю. Ерпылева, под которой, по ее мнению, в международной коммерческой и банковской практике понимается регулируемое нормами международного частного права условие платежа, обладающее специфическими особенностями в отношении порядка зачисления средств на счет кредитора, видов используемых платежных документов, а также процедуры документооборота⁷. Такому подходу определения форм расчетов отдают предпочтение многие авторы⁸.

Отметим, что авторы предлагают разные концепции классификации формы расчетов. Например, авторы советских времен отмечали, что безналичные расчеты осуществляются посредством акцептной формы расчетов, аккредитива, расчетных чеков, особых счетов, платежных поручений и плановых платежей⁹. И.М. Матузов считает, что в международной банковской и торговой практике выделяют такие основные формы расчетов, как документарный аккредитив, документарное инкассо, авансовый платеж и кредитовый перевод¹⁰.

Л.Г. Ефимова предлагает классифицировать формы расчетов на такие формы, как перевод и аккредитив. Перевод в свою очередь подразделяется на кредитовый перевод (расчеты платежными поручениями) и дебетовый перевод (расчеты в порядке инкассо). Инкассо может быть акцептной формы и безакцептной¹¹.

Н. Ю. Ерпылева в своих научных исследованиях форм расчетов уделяет свое внимание основным распространенным формам международных расчетов – банковский перевод, инкассо, документарный аккредитив¹².

Непосредственно в Гражданском кодексе РТ (и в законодательных актах других стран) предусмотрены и регулируются четыре формы расчетов: расчеты платежными поручениями; расчеты по аккредитиву; расчеты по инкассо; расчеты чеками. В Инструкции Национального банка Таджикистан №62 «О безналичных расчетах в Республике Таджикистан» кроме этих четырех, предусмотрена еще одна форма безналичных расчетов – расчеты пластиковыми карточками.

Разнообразие форм расчетов направлено на достижение баланса интересов, как импортера, так и экспортера. Поэтому контрагенты заинтересованы в такой форме расчетов, которая бы учла интересы обеих сторон, а также, так или иначе, обеспечила надлежащее исполнение обязательств каждой из сторон. Как отмечает О.Б. Сизимова «при выборе форм расчетов необходимо учитывать, что экспортер, как правило, стремится обеспечить защиту от риска непринятия покупателем товара или невыкупа им товарных документов. Экспортер также исходит из возможности более быстрого получения выручки за отгруженные товары. По импортным операциям выбранная форма расчетов должна стимулировать выполнение экспортером обязательств по поставке товаров, в наименьшей степени

связывать валютные ресурсы импортера, устранять необоснованное кредитование иностранных поставщиков»¹³.

Между тем, расчетные документы отличаются от формы расчетов. «Документы, используемые в различных формах расчетов, могут иметь совпадающее с соответствующими формами расчетов название, но, в отличие от последних, их функции ограничиваются надлежащим оформлением расчетных операций. Осуществление расчетов начинается с подготовки расчетных документов и передачи их в банк»¹⁴.

В частности, И.Б. Балабанова под расчетными документами понимает оформленные в соответствии с установленными стандартами распоряжения предприятия (владельца счета) на перечисление средств¹⁵.

Банки, – пишет Н.Д. Эриашвили, – осуществляют операции по счетам на основании расчетных документов, которые представляют собой оформленные в виде документов на бумажном носителе или электронных платежных документов (в установленных случаях): распоряжение плательщика (клиента или банка) о списании денежных средств со своего счета и их перечислении на счет получателя средств; распоряжение получателя средств (взыскателя) на списание денежных средств со счета плательщика и перечисление на счет, указанный получателем средств (взыскателем)¹⁶.

Таким образом, расчетные документы представляют собой оформленные надлежащим образом распоряжения плательщика (получателя) средств обслуживающему банку о совершении определенной формы расчетной операции.

В банковской практике каждая форма расчетов осуществляется соответствующим расчетным документом. Так, банковские переводы осуществляются посредством платежных поручений, аккредитив – заявления об открытии аккредитива, инкассо – платежными требованиями и инкассовыми поручениями, чек – выдачей чека.

Заметим, что анализ действующих правовых актов Республики Таджикистан показал отсутствие легального определения правовой природы расчетных документов. В связи с чем, считаем необходимым на законодательном уровне закрепить следующее определение расчетных документов:

«Расчетные документы представляют собой оформленные надлежащим образом в виде документов на бумажном носителе или электронных платежных документов (в установленных случаях) распоряжения плательщика (получателя) средств обслуживающему банку о совершении определенной формы расчетной операции».

¹ Иоффе О.С. Обязательственное право. М., «Юрид. лит.», 1975. С. 708–724.

² Гражданское право. Учебник: Том 2. 4-е изд., перераб. и доп. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. С. 535.

³ Белов В.А. Банковское право России: теория, законодательство, практика: Юридические очерки. М.: Учебно-консультационный центр «ЮрИнфор», 2000. С. 321–322; Гражданское право: В 2 т. Том II Учебник / отв. ред. проф. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство БЕК, 1998. С. 156.

⁴ Витрянский В.В. Договора банковского вклада, банковского счета и банковские расчеты. М.: Статут, 2006. С. 474–475.

⁵ Новоселова Л.А. Денежные расчеты в предпринимательской деятельности. М.: «ЮрИнфор», 1996. С. 49.

⁶ Годунин О.Р. Хозяйственное право. Учебное пособие для студентов вузов юридических специальностей. Ч. 2. Минск: Белорусский государственный университет, 2000. С. 99.

⁷ Ерпылева Н.Ю. Международное частное право: учеб. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. С. 364.

⁸ Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 49; Международное частное право: учеб. / Л.П. Ануфриева, К.А. Бекашев, Г.К. Дмитриева и др.; отв. ред. Г.К. Дмитриева. 2-ое изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. С. 484.

⁹ Иоффе О.С. Указ. соч.

¹⁰ Международное частное право: учеб. / Л.П. Ануфриева, К.А. Бекашев, Г.К. Дмитриева и др.; отв. ред. Г.К. Дмитриева. 2-ое изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. С. 484.

¹¹ Ефимова Л.Г. Банковские сделки. Комментарий законодательства и арбитражной практики. М.: Инфра-М, Контракт, 2000. С. 75.

¹² Ерпылева Н.Ю. Международное частное право: учеб. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. С. 364; Ерпылева Н.Ю. Международное банковское право: Учеб. пособие. М.: Дело, 2004. С. 394.

¹³ Сиземова О.Б. Некоторые вопросы международных расчетных правоотношений в условиях интернационализации банковской деятельности // Банковское право. 2004. №2. С. 57.

¹⁴ Гражданское право: Учебник / Под ред. С.П. Гришаева. М.: Юристъ, 1998. С. 256.

¹⁵ Банки и банковское дело / под ред. Балабанова И.Т. СПб.: Питер, 2003. С. 98–99.

¹⁶ Банковское право: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальностям «Юриспруденция», «Финансы и кредит» / Н.Д. Эриашвили. 7-е изд., перераб. и доп. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2009. С. 326.

«АРБИТРАЖНАЯ КАРТА МИРА» ДЛЯ СОСТАВИТЕЛЯ СОГЛАШЕНИЯ ОБ АРБИТРАЖЕ

Споры в международном коммерческом арбитраже рассматриваются в случаях, когда стороны, участвующие во внешнеэкономических отношениях, заключили арбитражное соглашение. В соответствии с принципом автономии воли сторон, под которым понимается самостоятельное, своей волей в своем интересе, совершение действий, направленных на приобретение, изменение и прекращение субъективных прав, а также осуществление субъективных в пределах предоставленных им правомочий хозяйствующие субъекты могут заключить соглашения о том, кому передать разрешение возможных споров. Именно в этом проявляется фидуциарный характер арбитражного соглашения¹.

По справедливому суждению Н.Ю. Ерпылевой, «сущность арбитражного соглашения в МЧП выражается в том, что оно закрепляет взаимосогласованное волеизъявление сторон международного коммерческого контакта передать возникший или могущий возникнуть между ними спор на разрешение в международный коммерческий арбитраж»².

Первый арбитражный закон, в современном смысле слова, был принят в Англии в 1698 г. Во Франции положения об арбитраже были предусмотрены в ст. 1494 французского Гражданского кодекса 1804 г. В Швеции арбитражный закон был принят в 1887 г. И во всех случаях законом на центральное место ставилось именно соглашение об арбитраже, значение которого превосходило даже сами процедурные (процессуальные) вопросы³.

Однако определенную сложность представляло то обстоятельство, что в соглашение трудно было включать (достигать консенсуса) положения о месте и персональном составе арбитража, так как не получили достаточного развития институциональные арбитражи, различные вспомогательные органы унифицированные правила. Представляется, что данные положения являются крайне важной составной частью арбитражного соглашения, формирование которой следует оговорить особо, показав принципиальные правила выбора места и персонального состава арбитража⁴.

Необходимо дать краткую историческую характеристику основным арбитражным центрам мира, которая является для любого юриста картой-путеводителем при составлении соглашения об арбитраже, так как содержит исходный материал для анализа и прогноза при выборе арбитража.

1. Лондонский Международный Третейский суд (London Court of International Arbitration — LCIA) был открыт в 1892 г. под названием Лондонская Арбитражная палата по инициативе Муниципального совета лондонского Сити. Это, пожалуй, старейший арбитражный орган в мире. Он был переименован в Лондонский Третейский суд в 1903 г., а затем в 1981 г. – в Лондонский Международный Третейский суд – LCIA. Теперешнее наименование суда отражает характер его деятельности – международный коммерческий арбитраж. В 1986 г. LCIA был зарегистрирован в качестве компании с ограниченной ответственностью. Учредители – Муниципальный совет Сити, Лондонская Торгово-промышленная палата и Институт арбитров (Chartered Institute of Arbitrators). Его политика, ежедневная деятельность и будущее развитие находятся под контролем Правления директоров LCIA и Третейского суда LCIA. Его двадцать шесть членов тщательно подбираются, что обеспечивает надлежащий баланс ведущих практикующих юристов в области международного коммерческого арбитража, представляющих важнейшие торговые регионы мира. Исходя из этого (Сити – валютно-финансовая столица мира), можно выделить спецификацию LCIA:

- споры из валютно-финансовых операций;
- споры из чистых внешнеторговых операций (поставок, взаимных сделок)⁵.

Анализ Регламента позволяет сделать вывод о балансе влияний общего (the common law) и статутного права, так как рекомендуется указать материальное право рассмотрения спора в целях избежания лишних расходов. Таким образом, LCIA оптимально подходит для указания в соглашениях банковских консорциумов, валютных контрактах.

2. Арбитражный институт торговой палаты Стокгольма – орган, обеспечивающий третейское разрешение как внутренних, так и международных споров. Его регламент может применяться и при арбитражном разбирательстве за пределами Швеции. Арбитраж в Швеции имеет длительную богатую историю, которая обеспечила уже к 1929 г. – моменту принятия первого закона об арбитраже безусловное признание третейского суда. Стоит заметить, что практика высоко профессиональных

разбирательств обусловило то, что с 1999 года (год принятия новых законов об арбитраже и Регламенте Института) и по сей день решение арбитража подлежит пересмотру лишь в случае отклонения от процедуры, установленной арбитражным соглашением сторон. В этом институциональном арбитраже следят за соблюдением стандартов, справедливого предоставления возможности изложить позицию стороны⁶.

Решения традиционно являются окончательными и исключительными, что составляет основу политику Швеции в этой области. Специализации как таковой нет, так как институт представляет высококвалифицированных специалистов для разрешения всех споров, входящих в его компетенцию. Новый Закон и Регламент является возвратом к классическим римским формулам, но в то же время выступает образцами самого современного законодательства, отвечающего нуждам арбитражного процесса и соответствующего прецедентной практике. Вообще есть сильная тяга к прецедентам при формировании аналогии.

3. Американская арбитражная ассоциация (ААА) – «публичная» (общественная) некоммерческая организация, которая обеспечивает различные способы альтернативного рассмотрения споров как международного, так и внутреннего характера с 1926 года.

На сегодняшний день ААА имеет разветвленную сеть представительств в США и по всему миру. В распоряжении ААА список из более чем 20000 опытных специалистов (уровни экспертов) в различных сферах бизнеса, производства (технологии), страхования и т.д. Сегодня ААА представляет на американском континенте один из самых полных перечней услуг по альтернативному разрешению споров, в том числе международному арбитражу (согласно отдельному Регламенту)⁷.

Для того чтобы определить уровень и спектр арбитражных услуг ААА стоит лишь отметить, что Ассоциация предлагает шесть различных по предмету спора модельных арбитражных «оговорок» («the arbitration clauses»), четыре модельные оговорки для многопланового сотрудничества. Кроме того, на основании заключенного между ТПП РФ и ААА соглашения действует «Факультативная арбитражная оговорка для использования в контрактах в сфере российско-американской торговли и инвестиций». Примечательно, что арбитражное соглашение, передающее спор на рассмотрение арбитров ААА представляет сторонам единственную в своем роде возможность подчинить арбитров особому моральному кодексу (moral code) Американской арбитражной ассоциации.

4. В России постоянно действуют общественные арбитражные организации МКАС и Морская Арбитражная Комиссия (МАК), состоящие при ТПП РФ. Спонсорство Торгово-промышленных палат при создании арбитражей характерно для всех остальных государств СНГ. До 1987 г. МКАС именовался ВТАК (Внешнеторговая Арбитражная Комиссия) при ТПП СССР. МАКС (ВТАК) начал свою работу в 1932 г. и успешно обслуживал потребности достаточно узкого круга внешнеторговых объединений СССР и их иностранных контрагентов.

Сегодня по понятным причинам число рассматриваемых споров резко возросло, коэффициент роста в год составляет, по сведениям арбитра МКАС ММ. Богуславского, порядка 1,5. Арбитры утверждаются Президиумом ТПП РФ сроком на четыре года. Ими могут быть лишь специалисты в областях, в которых возникают спорные отношения. Опыт показывает, что в МКАС сконцентрированы лучшие умы, занимающиеся проблемами международных экономических отношений и международного частного права. Это профессора: Зыкин И.С., Богуславский М.М. и др. МАК по сравнению с МКАС, является специализированным арбитражем, но была создана по образу и подобию последнего⁸.

МАК разрешает споры, которые вытекают из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих из сферы торгового мореплавания (по фрахтованию судов, морской перевозке грузов, а также перевозке грузов «река-море», по морской буксировке морских судов и иных плавучих объектов; по морскому страхованию; связанных с куплей-продажей, залогом и ремонтом морских судов и иных плавучих объектов; связанных с подъемом затонувших в море судов и иного имущества; связанных со столкновением морских судов и др.).

С учетом этих данных можно выбрать наиболее подходящий для конкретной договорной ситуации арбитраж. Например, при создании предприятия с иностранными инвестициями, споры между учредителями лучше отнести на соответствии с Регламентом Арбитражного Института Торговой Палаты г. Стокгольма как наиболее гибкого и универсального (зачастую в международных инвестиционных соглашениях имеется отсылка к Стокгольмскому арбитражу). Для споров по вексельным сделкам конверсионным операциям, форвардным наиболее подходит Лондонский Международный Третейский суд. Если иностранная компания работает в России давно или отечественная фирма – преемник советского внешнеэкономического объединения, то наилучший вариант – МКАС, а если сделка

связана с морским транспортом (перевозками, куплей-продажей, управлением, столкновениями) – МАК⁹.

¹ См. подробнее: Иншакова А.О. Международное частное право: учебник. М.: Российский университет дружбы народов, 2011. С. 350–371.

² См.: Ерпылева Н.Ю. Международный коммерческий арбитраж: институционно-нормативный механизм правового регулирования? // Законодательство и экономика. 2011. №1. С. 25

³ См. подробнее: Казаченок С.Ю. Соглашение об арбитраже в международном частном праве: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2004. 172 с.

⁴ См.: Лебедев М.Ю. Развитие института юрисдикции и его проявление в третейском суде: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005. 218 с.

⁵ См.: Иншакова А.О. Международное частное право: учебник. М.: Российский университет дружбы народов, 2011. С. 350–371.

⁶ См.: Николюкин С.В. Мировые сделки как регуляторы коммерческих конфликтов. М.: Юрлитинформ, 2011. С. 150.

⁷ См.: Van Berg A.J. The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation. Kluwer, 1981. 416 p.

⁸ См.: Сборник нормативных документов и справочных материалов Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. М., 2007.

⁹ См. подробнее: Алексеев М.А., Иншакова А.О., Николюкин С.В. Трансформация регламентации деятельности и компетенции международного коммерческого арбитража (экономико-правовые потребности современного хозяйствования) / под ред. доктор. юрид. наук, проф. А.О. Иншаковой, канд. юрид. наук, доц. С.В. Николюкина. М.: Юрлитинформ, 2012. 176 с.

А.А. Клячин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРАВО УЧАСТНИКА ОБЩЕСТВА С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ НА ПОЛУЧЕНИЕ ИНФОРМАЦИИ О ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ОБЩЕСТВА

Право участника общества с ограниченной ответственностью (ООО) на получение информации о деятельности общества является одним из ключевых прав, вытекающих из обладания долей в уставном капитале общества. Можно говорить о вспомогательном характере данного права, поскольку сама по себе информация не имеет ценности. Но без наличия полной и достоверной информации о деятельности общества участник не сможет в полной мере реализовать другие принадлежащие ему права.

Право на получение информации является неимущественным правомочием участника в делении правомочий на имущественные и неимущественные.

Закон об ООО, выделяя право участника на получение информации о деятельности общества и ознакомление с его бухгалтерскими книгами и иной документацией (ст. 67 ГК РФ и п. 1 ст. 8 Закона об ООО), выделяет следующие конкретизирующие правомочия участника на получение информации о деятельности общества:

1. Право знакомиться с уставом общества, в том числе с изменениями. С правом на получение копии действующего устава (п. 3 ст. 12 Закона об ООО).

2. Право на получение информации и материалов в рамках подготовки к общему собранию участников общества. (п. 3 ст. 36 Закона об ООО).

3. Право на получение копии протокола общего собрания участников общества.

4. Право на доступ к документам, хранимым обществом, с правом получения копий данных документов (п. 4 ст. 50 Закона об ООО).

Многие практические вопросы были сняты после появления Информационного письма Президиума ВАС РФ от 18.01.2011 г. №144 «О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами споров о предоставлении информации участникам хозяйственных обществ».

Основными моментами, на которые обратил внимание Президиум ВАС РФ, явились:

1. Участнику общества может быть отказано в удовлетворении требования о предоставлении информации, если его право на информацию обществом не нарушено или если участник при запросе информации злоупотребляет правом. Об этом могут свидетельствовать, в частности, следующие обстоятельства: неоднократное заявление требований о предоставлении одних и тех же документов и

(или) их копий при условии, что первое из таких требований было надлежащим образом удовлетворено обществом.

2. Положения устава и внутренних документов общества не могут ограничивать права участников на информацию по сравнению с правами, предоставляемыми им законом.

Закон об ООО предусматривает возможность установления в уставе только порядка получения информации об обществе, но не перечня информации, которая подлежит предоставлению участникам общества. Из п. 1 ст. 8 Закона об ООО следует, что участник имеет право требовать любые имеющиеся у общества документы, которые связаны с деятельностью этого общества.

3. Закон об ООО не содержит положений, ограничивающих право участника требовать предоставления информации и документов за период деятельности хозяйственного общества, в течение которого данное лицо не являлось участником этого общества.

С момента приобретения статуса участника хозяйственного общества лицо может требовать предоставления документов общества независимо от даты составления этих документов.

Необходимо учитывать, что не могут быть удовлетворены требования лица об обязанности хозяйственного общества предоставить информацию, если на момент рассмотрения дела такое лицо не является участником хозяйственного общества.

Вместе с тем лицо, которому общество с ограниченной ответственностью обязано выплатить действительную стоимость приобретенной обществом доли в своем уставном капитале (ст. 23 Закона об обществах с ограниченной ответственностью), вправе требовать предоставления информации о деятельности общества, связанной соответственно с определением действительной стоимости доли, подлежащей выплате обществом.

4. В случае непредоставления, а равно нарушения порядка и (или) сроков предоставления обществом по требованию участника информации такое общество может быть привлечено к административной ответственности на основании ч. 1 ст. 15.19, ч. 2 и 11 ст. 15.23.1 КоАП РФ.

5. Общество не вправе отказывать участнику в предоставлении копий документов на том основании, что он не произвел предварительную оплату расходов на их изготовление, если иное не предусмотрено уставом общества.

Оценивая обоснованность требований общества к участнику о возмещении расходов на изготовление копий документов, следует исходить из того, что взимаемая обществом плата, включающая в себя затраты на изготовление копий документов, не должна превышать цену, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за изготовление копий документов.

Закон об ООО, а также иные нормативные акты обходят стороной крайне важный вопрос о получении участником основного общества информации о деятельности дочернего общества. Этот вопрос не был рассмотрен и Президиумом ВАС РФ в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 18.01.2011 №144. Формально участник основного общества не является участником дочернего общества и, следовательно, не имеет права на получение информации о его деятельности, если такая информация отсутствует у основного общества. Основное общество ведет свою деятельность через создание дочерних обществ так называемая холдинговая конструкция. Не имея информации о деятельности дочерних обществ участник не имеет информации о деятельности основного общества.

Представляется необходимым законодательно закрепить право участника основного общества право на получение информации о деятельности дочернего общества путем прямого обращения к дочернему обществу соответствующим требованиям в порядке, предусмотренном уставом основного общества.

Часть 1 ст. 15.19 КоАП РФ предусматривает ответственность за непредставление или нарушение порядка и (или) сроков представления информации.

Как указал Президиум ВАС РФ в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 18.01.2011 г. №144, общество может быть привлечено к административной ответственности на основании ч. 1 ст. 15.19. При этом из текста следует, что может быть привлечено как акционерное, так и общество с ограниченной ответственностью. Данный момент является логичным, так как права акционера и участника ООО на получение информации схожи.

Однако в тексте ч. 1 ст. 15.19 КоАП РФ в качестве лиц, которые могут быть привлечены к административной ответственности, отсутствует ООО.

Полагаю, что законодателю необходимо внести изменения в ч. 1 ст. 15.19 КоАП РФ, включив в перечень ответственных лиц общество с ограниченной ответственностью.

**МЕРЫ ПО ФИНАНСОВОМУ ОЗДОРОВЛЕНИЮ ДОЛЖНИКА,
ОСУЩЕСТВЛЯЕМЫЕ ДО ПОДАЧИ ЗАЯВЛЕНИЯ О ПРИЗНАНИИ
ДОЛЖНИКА БАНКРОТОМ В АРБИТРАЖНЫЙ СУД**

В условиях кризиса массовой неплатежеспособности и банкротства в России задача оценки и прогнозирования неплатежеспособности и вероятности банкротства предприятия приобретает важное значение.

В объективной информации о реальном финансовом положении предприятия заинтересован широкий круг лиц. Собственники имущества должника унитарного предприятия, учредители (участники), акционеры, поскольку признание организации банкротом повлечет потерю бизнеса.

Интерес кредиторов обусловлен и финансовым планированием и убытками, связанными неисполнением или ненадлежащим исполнением должником обязательств. Наемные работники организаций, также заинтересованы, поскольку признание должника банкротом для них будет означать, возможно, потерю заработной платы и однозначно потерю рабочих мест. И, наконец, внимание публично-правовых образований можно объяснить как с точки зрения прогнозирования и развития экономического оборота в целом, так и возможностью лишения бюджета части поступлений в виде налогов и сборов.

Экономисты выделяют три основных фазы развития процесса несостоятельности предприятия. Первая – скрытая фаза несостоятельности, где происходит скрытое снижение «цены предприятия». На этой фазе возникают первые предпосылки к дальнейшей несостоятельности предприятия. В целом, внешне, предприятие может функционировать как и прежде, но на нем уже происходят определенные неблагоприятные изменения. Отмечается снижение получаемой прибыли, может уменьшиться спрос на производимую продукцию, падает ее конкурентоспособность на рынке.

Вторая фаза – это фаза финансовой неустойчивости. На предприятии начинают возникать трудности с оборотным капиталом, ухудшаются финансовые и управленческие показатели деятельности предприятия.

Третья фаза несостоятельности – банкротство предприятия, признанное арбитражным судом.

В зарубежной и российской экономической литературе предлагается несколько отличающихся методик и математических моделей диагностики вероятности наступления банкротства коммерческих организаций. Первые исследования аналитических коэффициентов для предсказания возможных осложнений в финансовой деятельности компаний проводились в США еще в начале 30-х гг. В современной практике финансово-хозяйственной деятельности зарубежных фирм для оценки вероятности банкротства наиболее широкое применение получили модели, разработанные Э. Альтманом и У. Бивером.

Однако, как отмечают исследователи проблем несостоятельности, многочисленные попытки прогнозирования банкротства в отечественных условиях не принесли достаточно точных результатов. Были предложены различные способы адаптации зарубежных моделей к российским условиям, в частности «Z – счета» Э.Альтмана и двухфакторной математической модели. Новые методики диагностики возможного банкротства, предназначенные для отечественных предприятий, были разработаны О.П.Зайцевой, Р.С. Сайфуллиным и Г.Г.Кадыковым. Кроме того, в Постановлении Правительства Российской Федерации №498 от 20.05.1994 г. была установлена официальная система критериев для оценки неплатежеспособности организаций, действовавшая до 01.03.1998 г. Она базировалась на четырех коэффициентах: коэффициенте текущей ликвидности, коэффициенте обеспеченности собственными средствами, коэффициенте утраты платежеспособности и коэффициенте восстановления платежеспособности.

Все системы прогнозирования банкротства, разработанные зарубежными и российскими авторами, включают в себя несколько от двух до семи ключевых показателей, характеризующих финансовое состояние коммерческой организации. На их основе в большинстве из названных методик рассчитывается комплексный показатель вероятности банкротства с весовыми коэффициентами у индикаторов.

Методики и модели должны позволять прогнозировать возникновение кризисной ситуации коммерческой организации заранее, еще до появления ее очевидных признаков. Такой подход особенно необходим, так как жизненные циклы коммерческих организаций в рыночной экономике коротки (4–5 лет). В связи с этим короткие и временные рамки применения в них антикризисных стратегий, а в условиях уже наступившего кризиса организаций их применение может привести к банкротству. Указанные методики должны позволять использовать различные антикризисные стратегии заранее, еще до наступления кризиса коммерческой организации, с целью предотвращения этого кризиса.

На сегодняшний момент законодательством не предусмотрена обязанность применения предприятиями ежеквартальных, полугодовых или ежегодных применений указанных методик, направленных на выявление признаков несостоятельности.

Однако, в целях обеспечения необходимых условий для реализации государственной политики, направленной на предупреждение банкротств и финансовое оздоровление неплатежеспособных организаций, ФСФО РФ формирует перечень крупных, экономически или социально-значимых организаций, проводит систематический мониторинг финансового состояния и учет платежеспособности указанных организаций.

Нормы о предупреждении банкротства содержатся во второй главе ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

Следует отметить, что данные меры могут применяться только в отношении организаций. Круг субъектов, обязанных принимать меры по предупреждению банкротства, определен в ст. 30 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»: учредители (участники) должника; собственник имущества должника – унитарного предприятия; федеральные органы исполнительной власти; органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации; органы местного самоуправления.

В частности, на учредителей (участников) должника, собственника имущества должника – унитарного предприятия, федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления возложена обязанность принимать своевременные меры по предупреждению банкротства организаций, в случаях, предусмотренных федеральным законом. В целях предупреждения банкротства организаций учредители (участники) должника, собственник имущества должника – унитарного предприятия обязаны принимать меры, направленные на восстановление платежеспособности должника, до подачи в арбитражный суд заявления о признании должника банкротом.

Меры, направленные на восстановление платежеспособности должника, могут быть приняты также кредиторами или иными лицами на основании соглашения с должником.

На руководителя должника возложена обязанность в случае возникновения признаков банкротства, установленных ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» направить учредителям (участникам) должника, собственнику имущества должника – унитарного предприятия сведения об их наличии.

Перечень мер, направленных на предупреждение банкротства, за исключением, санации, в Законе о банкротстве не указан. Как правило, для предупреждения банкротства разрабатываются первоочередные мероприятия и стратегические мероприятия. Первые включают в себя изменение маркетинговой политики, изменение системы управления производством, совершенствование системы управления финансами предприятия, активизация инновационной деятельности, оптимизация организационной структуры управления. Вторые – анализ рынка и конкурентов, маркетинговая стратегия, составление производственного, социального и финансового плана. Указанные мероприятия могут содержать такие меры как реорганизация должника, продажа части имущества должника, репрофилирование производства, смена руководства, оказание должнику финансовой поддержки и т.п. В дополнение к названным мерам, кредиторы или иные лица на основании соглашения с должником могут предоставлять должнику финансовую поддержку, например, в виде отсрочки, рассрочки по уплате задолженности, либо скидки с долгов. Федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления в соответствии с их компетенцией, в установленном порядке могут предоставлять должнику льготы по обязательным платежам, оказывать должнику финансовую поддержку, осуществлять реструктуризацию задолженности организаций по обязательным платежам и т.п.

Как мы отмечали среди мер по предупреждению банкротства Закон о банкротстве предусматривает особенности для проведения санации. Она включает в себя предоставление финансовой помощи для погашения денежных обязательств и обязательных платежей и восстановления платежеспособности должника. Предоставить финансовую помощь могут учредители (участники) должника, собственник имущества должника – унитарного предприятия, кредиторы и иные лица. В ст. 30 Зако-

на о банкротстве установлено, что финансовая помощь может быть оказана в размере, достаточном для погашения денежных обязательств и обязательных платежей и восстановления платежеспособности должника. Предоставление финансовой помощи может сопровождаться принятием на себя должником или иными лицами обязательств в пользу лиц, предоставивших финансовую помощь.

Как отмечается в литературе Законом о банкротстве устанавливаются лишь общие рамки правового регулирования предупреждения банкротства. Остаются не проработанными такие проблемы как порядок проведения досудебных процедур, основания открытия их и порядок прекращения и др. Все это говорит о необходимости принятия новых нормативно-правовых актов, посвященных предупреждению банкротства.

Н.В. Корлякова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

КОМПЛЕКСНЫЙ ОБЪЕКТ КАК ДИФФЕРЕНЦИРУЮЩИЙ ПРИЗНАК ДОГОВОРА КОММЕРЧЕСКОЙ КОНЦЕССИИ

Необходимым элементом предмета договора коммерческой концессии является предоставление правообладателем пользователю, в формулировке ст. 1027 ГК РФ, комплекса исключительных прав, если же быть точнее – комплекса объектов интеллектуальной собственности, право пользования которыми предоставляется по договору¹.

При этом у некоторых авторов возникает вопрос, почему по такой «конструкции» возможно передавать, например, право на товарный знак совместно с другим исключительным правом, а право на товарный знак без сопутствующей «нагрузки» уже передать нельзя². Получается, что если по договору передается лишь товарный знак, но для его использования надлежащим образом необходимы постоянный контроль и техническая поддержка со стороны лицензиара, то есть, по сути, лицензиар и лицензиат несут все обязанности, предусмотренные для договора коммерческой концессии, то данный договор не будет признан и зарегистрирован в качестве договора коммерческой концессии, и при возникновении спора суд будет применять нормы о лицензионном договоре.

Вероятно, в данной ситуации имеет место предоставление также и ноу-хау лицензиара, так как техническая и организационная поддержка связаны с сообщением определенной информации, которая, исходя из своего содержания, должна носить характер ноу-хау, то есть, согласно ст. 1465 ГК РФ, сведений любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведений о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны.

Тем не менее, если сведения имеют коммерческую ценность, но в отношении них не введен режим коммерческой тайны, комплексности объекта также не будет, и для защиты своих прав лицензиар будет не вправе использовать нормы о договоре коммерческой концессии; если же информация имеет статус ноу-хау, то в данном случае для классификации и регулирования данного договора в качестве договора коммерческой концессии необходимо оценивать комплексность объекта договора, что также является проблематичным, в том числе и в судебной практике³.

Основными дифференцирующими признаками договора коммерческой концессии являются повышенное количество обязанностей на стороне правообладателя и значительный объем условий, ограничивающих права сторон договора. Замена установления этих условий и дополнительных действий со стороны правообладателя в договоре коммерческой концессии на заключение отдельных договоров оказания услуг и иных смешанных договоров может быть проблематична по причине отсутствия согласия любой из сторон, уже имеющей основной результат в виде заключенного лицензионного договора, а также сложности в последующем применении указанных смешанных договоров (например, неисполнение обязанностей по соблюдению качества производимой продукции и контролю за осуществлением деятельности лицензиатом по договору оказания услуг не будет влиять на возможность расторжения самостоятельного лицензионного договора). При этом установление обязательности наличия комплекса объектов, право использования которых предоставляется по догово-

ру, в качестве обязательного условия договора коммерческой концессии⁴ не соответствует интересам лиц в случае, когда их воля в силу потребности в поддержке, получаемой от правообладателя, фактически направлена на заключение договора коммерческой концессии, однако договор не может быть признан таковым в результате формальных требований, и именуется лицензионным.

Представляется, что в силу значительной распространенности на мировом рынке именно договора коммерческой концессии, предоставляющего множество дополнительных возможностей сторонам вне зависимости от комплексности объекта договора⁵, признак комплексности является нецелесообразным и затрудняющим расширение бизнеса для потенциальных правообладателей по договору коммерческой концессии.

Возможность заключения договора в отношении нескольких объектов целесообразно установить в качестве права сторон, но не обязательного условия для квалификации договора, как соответствующего гл. 54 ГК РФ. Следует признать, что стороны заключают договор коммерческой концессии не с целью экономии при регистрации одного договора по сравнению с регистрацией нескольких лицензионных договоров, в том числе, так как обязанность регистрации предусмотрена не для всех лицензионных договоров (например, права на ноу-хау и коммерческое обозначение предоставляются без регистрации), а исходя из потребности в поддержке со стороны правообладателя при осуществлении деятельности для обеспечения единообразия в производстве товаров, работ, услуг, а также их надлежащего качества.

Соответственно, целесообразно исключить из обязательных признаков договора коммерческой концессии комплексность объекта и указать в рамках предмета договора на диспозитивное условие об обязательности коммерческой, технической и организационной помощи, оказываемой правообладателем пользователю, оставляя выбор конструкции договора на усмотрение сторон, исходя из их интересов и вне зависимости от формальных требований законодательства к объекту договора. Включение подобного условия в предмет договора позволит более четко определять его сущность при применении к нему норм о лицензионном договоре, а также при применении к смешанным договорам правил о договоре коммерческой концессии⁶.

¹ Постановление ФАС Центрального округа от 17.03.2003 по делу №А14-14722/2008/492/10 (Документ опубликован не был); Постановление ФАС Уральского округа №Ф09-1360/09-С6 от 16.07.2008 по делу №А60-16477/2008-С2/ Документ опубликован не был.

² См. Зуйкова Л.П. Промышленная собственность предприятий на перекрестке законов. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: АКДИ «Экономика и жизнь», 2007. С. 124.

³ См. например Постановление ФАС Поволжского округа от 17 ноября 2005 №А65-2110/04-СГ3-28. Документ опубликован не был.

⁴ По вопросу комплексности объекта при квалификации договора см. также Постановление ФАС Центрального округа от 17.03.2009 г. №А14-14722/2008/492/10. Документ не был опубликован.

⁵ Регламент Комиссии ЕС №4087/88 от 30.11.88. Official Journal 359, 28/12/1988 (http://www.eff-franchise.com/eulevel_document3_ess_4087_1988/) Проверено 28.08.2012.

⁶ По вопросу квалификации смешанных договоров см. также Постановление ФАС Московского округа от 22.03.2011 г. №КГ-А41/1083-11. Документ не был опубликован.

Г.А. Микрюкова

Московская государственная юридическая академия им. О.Е. Кутафина, г. Москва

ЮРИДИЧЕСКИЕ ХАРАКТЕРИСТИКИ ДОГОВОРА О СОЗДАНИИ ХОЗЯЙСТВЕННОГО ОБЩЕСТВА

Включение в предмет гражданского права корпоративных отношений актуализирует анализ применяемых для их опосредования договорных форм и выявление соотношения последних с традиционными гражданско-правовыми договорами. Попытаемся установить место такой конструкции, как договор о создании хозяйственного общества в системе гражданско-правовых договоров.

Поскольку по договору о создании хозяйственного общества его учредители определяют порядок осуществления ими совместной деятельности по учреждению общества, размер уставного капитала, его разделение на доли (акции) и закрепление их за каждым из учредителей, а также размер, порядок и сроки оплаты ими своего участия (п. 5 ст. 11 Закона «Об обществах с ограниченной ответственностью», п. 5 ст. 9 Закона «Об акционерных обществах»), то прежде всего встает вопрос о соотношении этого договора с договором простого товарищества (договором о совместной деятельности),

предусмотренным гл. 55 ГК РФ. Такое соотношение достаточно очевидно: договор о создании хозяйственного общества по типу представляет собой договор о совместной деятельности (в широком смысле), но по виду не является договором простого товарищества, не предполагающим для достижения общей цели сторон учреждать юридическое лицо. Указанная общность договорного типа позволяет говорить о многосторонности договора о создании хозяйственного общества. Эта характеристика не утрачивается, даже если по договору хозяйственное общество учреждают только два лица. Многосторонний договор отличается тем, что интересы его участников являются не встречными, а совпадающими, потому каждый из них занимает место самостоятельной стороны, а количество последних в таком договоре может быть любым. Если более двух лиц заключают двусторонний договор, то они распределяются по двум сторонам с противоположными интересами, в обязательствах из такого договора образуется множественность лиц на одной или обеих сторонах. Стороны многостороннего договора не могут именоваться контрагентами, ибо их интересы не противоположны.

Многосторонность договора о создании хозяйственного общества предопределяет специфический подход к оценке его возмездности. Если, руководствуясь п. 1 ст. 423 ГК РФ, в качестве признака возмездного договора рассматривать наличие встречного (т.е. от другой стороны в свою пользу) удовлетворения, то многосторонние договоры не могут быть отнесены к числу возмездных, поскольку в них ожидания отдачи стороной от имущественного вложения связаны с успехом общего дела, который может зависеть в том числе и от собственных дальнейших усилий этой стороны. В то же время нельзя считать многосторонние договоры безвозмездными, во-первых, потому, что вступающие в них лица не имеют намерения облагодетельствовать своих товарищей, а, во-вторых, в силу установленной п. 3 ст. 423 ГК РФ презумпции возмездности гражданско-правового договора, не опровергаемой применительно к договорам о совместной деятельности ни нормативно, ни сущностно. Многосторонние возмездные договоры инвестиционны по своей природе, т.е. направлены на достижение экономически или социально полезного результата. В связи с указанным для охвата критерием возмездности не только двусторонних, но и многосторонних договоров из п. 1 ст. 423 ГК РФ следует исключить слово "встречное".

Многосторонность и обусловленная ею специфическая возмездность договора о создании хозяйственного общества ставят важный вопрос о роли санкций за его нарушение. Пункт 3 ст. 6 Закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» и п. 1 ст. 34 Закона «Об акционерных обществах» устанавливают, что в случае неполной оплаты долей (акций) в установленный срок неоплаченная часть доли (право собственности на акции, цена размещения которых соответствует неоплаченной сумме) переходит к обществу. Затем в обоих законах следует положение о том, что договором о создании общества может быть предусмотрено взыскание неустойки за неисполнение обязанности по оплате долей в уставном капитале (акций). Прежде всего не вполне ясно, устраняет ли установление договорной неустойки применение правила о переходе неоплаченных долей (акций) к обществу. Думается, императивность формулировки о последствиях неисполнения учредителем обязанности по оплате своего участия в обществе не позволяет заменять их на взыскание договорной неустойки. Тем более что назначение лишения нерадивого учредителя статуса участника (акционера) заключается в охране прав кредиторов общества, которые в своих требованиях могут рассчитывать на оплаченный уставный капитал. Однако совершенно не очевидно, кто и в чью пользу может взыскать неустойку с лица, нарушившего свои учредительские обязанности. Представляется, что ответ на этот вопрос может быть найден при признании договора о создании хозяйственного общества конструкцией договора в пользу третьего лица. Понятно, что ст. 430 ГК РФ не рассчитана ни на многосторонние договоры, ни на ситуации, при которых на момент заключения договора третье лицо не существует, но даже без корректировки этой статьи ее основное правило можно применить к договору о создании хозяйственного общества, а значит, наделить именно его, само общество правом на взыскание неустойки за нарушение учредителями обязанностей по оплате долей (акций). Для договоров простого товарищества, не приводящих к созданию правосубъектного образования – третьего лица, возможность подобной квалификации исключается. Если же цель договора о создании хозяйственного общества не достигнута, т.е. общество не зарегистрировано как юридическое лицо, то санкция за неоплату уставного капитала несуществующего общества вообще не может быть взыскана. Добросовестная сторона такого договора вправе требовать от неисправных товарищей лишь возмещения убытков, причиненных ей их неправомерным поведением. Установление в договоре, заключаемом несколькими лицами, возможности взыскания неустойки в пользу конкретного лица ставит под сомнение многосторонний характер этого договора. Стимулирование к надлежащему исполнению многостороннего договора может осуществляться путем установления права одних товарищей исполнить обязанности других с

отнесением на них понесенных потерь, перераспределения долей участия и учета этого обстоятельства при дележе полученных доходов.

Представляет интерес сравнение договора о создании хозяйственного общества по выявленным его характеристикам (многосторонность, возмездность, нелинейность) с не так давно легализованными в п. 3 ст. 8 Закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» и ст. 32.1 Закона «Об акционерных обществах» с договором об осуществлении прав участников и акционерным соглашением. По этим корпоративным договорам участники (акционеры) обязуются осуществлять определенным образом свои права и (или) обязанности, связанные с обладанием долями в уставном капитале (акциями), и (или) воздерживаться от осуществления указанных прав, в том числе голосовать определенным образом на общем собрании участников (акционеров), согласовывать вариант голосования с другими участниками (акционерами), продавать долю или часть доли (все или часть акций) по определенной цене и (или) при наступлении определенных обстоятельств, воздерживаться от отчуждения долей (акций) до их наступления, а также осуществлять согласованно иные действия, связанные с управлением, деятельностью, реорганизацией и ликвидацией общества.

Данный договор может заключаться более чем двумя лицами, поэтому прежде всего следует определиться с его квалификацией по числу сторон. Думается, что, вступая в корпоративный договор, участники не ставят своей задачей достижение общей цели, каждый из них стремится к удовлетворению своего интереса, что при определенных условиях возможно и без согласованного поведения других участников и даже вопреки ему. Корпоративный договор порождает совокупность двусторонних (встречных) обязательств каждого с каждым, и подтверждением тому является возможность использования способов обеспечения таких обязательств, а также подлежащее судебной защите право каждой стороны требовать в свою пользу от другой стороны не только возмещения причиненных нарушением договора убытков (не подлежащих обязательному увязыванию с безуспешностью общего дела), но и выплаты компенсации (денежной суммы, размер которой установлен твердо или определен в предусмотренном договором порядке) или применения иных мер ответственности, в том числе взыскания неустойки (п. 7 ст. 32.1 Закона «Об акционерных обществах»).

Рассматриваемый корпоративный договор по общему правилу порождает обязательство с имущественным содержанием и, стало быть, не может квалифицироваться по признаку возмездности. Однако при отсутствии в законе запрета платы одной стороной в пользу другой за совершение определенных согласованных действий возможно заключение корпоративных договоров имущественного характера, которые будут являться возмездными.

Несмотря на то, что корпоративный договор заключается в связи с образованием и по поводу функционирования хозяйственного общества, он не может быть признан договором в пользу третьего лица – этого общества. Встречные отношения участников корпоративного договора лишь опосредованно влияют на имущественное состояние общества как самостоятельного субъекта гражданского оборота. Нарушение корпоративного договора ни к чему не обязывает общество и, не являясь основанием для признания недействительными решений органов общества, не подрывает правовой значимости их действий.

Ж.А. Мингалева

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

РАСШИРЕНИЕ СФЕРЫ ПРИМЕНЕНИЯ ПАТЕНТНОГО ПРАВА ПОД ВЛИЯНИЕМ ИННОВАЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Последние двадцать лет во всем мире наблюдается беспрецедентное расширение системы интеллектуальной собственности, а также сфер ее применения и способов охраны. В значительной степени это объясняется активным развитием инновационной деятельности во всех сферах экономики, в том числе широким распространением генной инженерии, биотехнологий, нанотехнологий, биоэлектроники, созданием новых материалов и новых видов энергии, другими изменениями в технологическом способе производства, что привело к изменению правового статуса многих результатов интеллектуальной и научно-исследовательской деятельности. Особый интерес и практическое значение в этой связи приобретает анализ расширения сферы применения патентного законодательства на объекты интеллектуальной деятельности, права на которые раньше защищались отдельными законодательными актами или самостоятельными отраслями права (например, защита селекционных дости-

жений в рамках соответствующего законодательства, защита программного обеспечения нормами авторского права и т.д.), что было обусловлено постепенным приобретением этими объектами специфических характеристик, позволяющих охранять их с помощью патентов.

Одной из таких областей расширения сферы действия патентного законодательства является сельское хозяйство, в частности, растениеводство. Патент как средство защиты все более активно распространяется на живые организмы – патентование генов. Ведущую роль в этом процессе сыграли США, инициировавшие изменения в сфере патентной защиты живых организмов.

Возможность патентования живых организмов, в частности семян, возникла в результате широкого применения биотехнологий и генной инженерии в сельском хозяйстве, которые открыли новые возможности для развития этого сектора. Сельское хозяйство, традиционно рассматривавшееся как производство с низкими технологическими возможностями и долгое время считавшееся мало привлекательным для широкого круга инвесторов, под влиянием новой технологической парадигмы и развития патентования привлекло в этот сектор множество частных инвесторов. Этому особым образом поспособствовала возможность изменения способов селекции растений, что привело к смене базы знаний и организации деятельности.

Селекция растений – наука, изменяющая генетический образец растения с целью получения новых разновидностей с новыми свойствами и заданными особенностями. Эти усовершенствования и новые желаемые свойства могут быть получены различными методами, основным из которых на протяжении многих веков был метод естественного отбора растений с желательными особенностями для их распространения. Однако это был долгий, весьма трудоемкий и непредсказуемый процесс, для усовершенствования которого привлекались все более сложные и дорогостоящие научные исследования. Постепенно семена стали содержать в себе все больше результатов научных исследований, а к процессу селекции растений были привлечены биотехнологии и генная инженерия.

Дальнейшее развитие растениеводства пошло по пути все более широкого преобразования растений на основе возможностей применения биотехнологии по двум направлениям:

- 1) улучшение селекции семян через обычный отбор (так называемое создание сорта – сортовой отбор), но более быстрым и более эффективным способом, например, используя системы маркера;
- 2) получение генетически модифицированных (GM) семян (т.е. по пути изменения ген).

Оба этих метода соответствуют всем требованиям для патентования, поскольку патент в этой области ограничен непосредственно по методу, а не по материалу, отобранному при использовании метода¹. В результате теперь у семян может быть два компонента: одно – полученное из обычного процесса селекции растения («сорт»), и другое – полученное из биотехнологии и генной инженерии («гены»).

В настоящее время семена превратились в товар особого вида, имеющий специфические свойства и факторы, которые не могут быть воспроизведены другими фермером или легко скопированы растениеводами. И это позволило расширить область патентной защиты на живые организмы.

В свою очередь, расширение методов защиты прав на интеллектуальную собственность по отношению к живым организмам (в том числе семенам) и включение их в число объектов для патентования позволило существенно повысить привлекательность растениеводства как вида бизнеса, повысить выгоды от вложений в селекционную работу, в том числе в фундаментальные исследования и разработки в этой области, обеспечить более надежную защиту полученных результатов и поощрило частные инвестиции в промышленность².

Однако, практика показала, что расширение сферы патентования на живые организмы сопровождалось возникновением ряда проблем и коллизий в области охраны прав на живые организмы, а развитие биотехнологии создало новые проблемы для режимов интеллектуальной собственности и изменений в их области.

Как уже отмечалось, у генетически модифицированных семян существует два компонента, одно из которых было получено в процессе обычного селекционного отбора (сорт), а второе – на основе применения биотехнологии (гены). Эти две части, составляющие генетически модифицированные продукты, охраняются различными правами на интеллектуальную собственность, которые могут быть войти между собою в противоречии: сорт охраняется правами селекционера (PBR), а биотехнологические активы – патентным правом.

Как показали исследования зарубежных ученых в этой области, особое значение для привлечения капитала и расширения инвестиций в растениеводство имели возможности осуществления инноваций в секторе биотехнологии и ее применения к сельскому хозяйству. В настоящее время с точки зрения юридической защиты результатов научных исследований и разработок в области растениеводства выделяют три основных тенденции, влияющих на развитие всего сектора.

На основе появления новых законов, позволяющих частное присвоение результатов НИОКР в области селекции живых организмов на основе патентного права, происходит развитие и расширение процесса «коммерциализации» результатов исследований и разработок в области селекции растений.

Возможность патентования живых организмов позволила расширить сферы применения патентов и открыла новые возможности для инвестиций в бизнес и растениеводческие фирмы, что, в свою очередь, привело к появлению еще большего количества новелл в данной области.

Однако, наличие во многих семенах и растениях двух частей, возникших в результате применения классической селекции и биотехнологий (сорта и биотехнологических активов), охраняемых как предмет различным законодательством (правом селекционера (PBR) и патентным правом) могут привести к законодательному конфликту.

Таким образом, новая технологическая парадигма сопровождалась серьезными изменениями как в методах ведения производства и бизнеса, так и в законодательстве. В области защиты интеллектуальной собственности права на нее превратились в глобальную систему и изменили подходы и статус многих объектов, которые ранее считались непатентоспособными (семена, гены, биотехнологические процессы и т.д.), обеспечивая частные инвестиции в коммерциализацию нового знания и появление новых товаров, которые дали начало новым деловым возможностям.

Однако, окончательного вывода по вопросу о позитивном или негативном влиянии инновационной деятельности и расширении сферы охраны интеллектуальной собственности на экономические развитие общества в целом и отдельных стран, зарубежные ученые еще пока не сделали.

Часть ученых утверждает, что сильные системы охраны прав интеллектуальной собственности способствуют инновациям, поскольку они дают надлежащие стимулы ассигновать ресурсы в научные исследования, в то время как слабые системы прав интеллектуальной собственности обеспечивают меньше новшеств³. Такая точка зрения является достаточно распространенной.

Другие ученые придерживаются противоположной позиции, считая, что взаимосвязь между правами интеллектуальной собственности и склонностью к инновациям нельзя рассматривать однозначно и прямолинейно, поскольку инновации определяется множеством факторов и конкретной технологией и, следовательно, будут по-разному влиять на системы охраны прав интеллектуальной собственности⁴. Эти авторы доказывают, что сильная система охраны прав интеллектуальной собственности является препятствием для имитации и диффузии инноваций, а также внедрения новых технологий, которые считаются ключевыми для развития эндогенных интеллектуальных возможностей⁵. Также сильная система охраны прав интеллектуальной собственности вредна и опасна для инноваций в странах догоняющего развития. В качестве подтверждения своей гипотезы они приводят пример развития производства сои в Аргентине [3], опираясь на общие рассуждения экономической теории о том, что слабая система охраны прав интеллектуальной собственности, которая существует в Аргентине, должна была бы привести к более слабому развитию инноваций в растениеводстве. Однако, как показали данные статистики, инновационная активность в секторе производства сои и в США и в Аргентине в течение второй половины XX века была примерно одинаковая.

Дальнейшее развитие сектора производства сои на основе генной инженерии (GM семена) и внедрения патентов, было должно, согласно классическому подходу К.Эрроу, ослабить инновационное поведение фермеров в Аргентине по сравнению с США, поскольку защита собственности для биотехнологических активов в Аргентине еще более слабая, чем общая система охраны прав интеллектуальной собственности. Однако, несмотря на то, что генетически модифицированная соя не была запатентована, или, возможно, именно потому, что она не была запатентована, в Аргентине GM семена распространяются быстрее, чем в США, и темпы роста инноваций продолжает оставаться очень похожи в обеих странах.

Эти факты, по мнению ряда ученых, противоречат выводу классической теории о прямой позитивной связи между системой охраны прав интеллектуальной собственности и инновациями. Более того, из результатов этого анализа исследователи делают вывод, что именно отсутствие сильной системы охраны прав интеллектуальной собственности стало важным фактором, который позволил конкретной развивающейся стране, такой как Аргентина, догнать США по развитию отрасли растениеводства и внедрить у себя биотехнологические улучшения практически одновременно с развитыми странами мира.

¹ Lowaars, N., Dons, H., van Overwalle, G., Raven, H., Arundel, A., Eaton, D. and Nelis, A. (2009), "Breeding Business. The Future of Plant Breeding in the Light of Developments in Patent Rights and Plant Breeder's Rights", Netherlands Ministry of Agriculture, Nature and Food Quality (LNV), Wageningen, Centre for Genetic Resources (CGN) – Wageningen University and Research Centre.

² Dosi, G., Marengo, L. and Pasquali, C. (2006), "How much should society fuel the greed of innovators? On the relations between appropriability, opportunities and the rates of innovation", *Research Policy*, 35(8), 1110–1121.

³ Arrow, K. (1962), "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention", in: NBER, *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton, Princeton University Press.

⁴ Busch, L. (2006), "Seeds of Change: Intellectual Property Rights, Genetically Modified Soybeans and Seed Saving in the United States", *Sociologia Ruralis*, 46 (2), 122–138; Campi M. (2011). "Innovation and Intellectual Property Rights. The case of Soybean Seeds in Argentina and the U.S." in: *Creativity, Innovation and Economic Development*, Buenos Aires, 1–33; Cimili M., Dosi G., Mazzoleni R., Sampat B. (2011). "Innovation, technical change and patents in the development process: long term view", in: *NEP: New economics papers. Business, economic and financial history*, 13, 1–29.

⁵ López, A. (2010), "Innovation and IPR in a Catch Up-Falling Behind Process: The Argentine Case", in: H. Odagiri, A. Goto, A. Sunami and R. Nelson (eds.), *Intellectual Property Rights, Development, and Catch Up. An International Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press.

А.Р. Муратова

Башкирский государственный университет, г. Уфа

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОМ ХАРАКТЕРЕ ИНСТИТУТА ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА

На сегодняшний день в цивилистической литературе отсутствует единство мнений относительно того, каким институтом признается представительство.

Некоторые ученые полагают, что представительство это межотраслевой (комплексный) институт права¹, включающий как нормы материального, так и процессуального права и состоящий как из материальных, так и процессуальных правоотношений², при этом гражданско-правовое регулирование является базовым, занимающим центральное место в регламентации отношений представительства³.

Так, Е.Л. Невзгодина и М.Ю. Дороженко, говоря о межотраслевом характере института представительства, выделяют следующие его признаки:

1) институт представительства регулирует отношения, в рамках которых одно лицо (представитель) оказывает юридическое содействие другому (представляемому) в приобретении и реализации субъективных прав и обязанностей последнего в его отношениях с третьими лицами;

2) такое содействие осуществляется в интересах представляемого;

3) сама возможность, содержание и пределы указанного содействия определяются полномочием - субъективным правом представителя;

4) в процессе осуществления полномочия представитель действует по отношению к третьим лицам;

5) в результате осуществления полномочия для представителя не возникает правовых последствий по отношению к третьим лицам⁴.

Анализируя, отмеченные признаки, характеризующие институт представительства как межотраслевой, хотелось бы отметить следующее.

Во-первых, указание на «юридическое содействие» вызывает определенные возражения. В толковом словаре С.И. Ожегова содействие определяется как «деятельное участие в чьих-нибудь делах с целью облегчить, помочь, поддержка в какой-нибудь деятельности»⁵, а юридическое содействие означает оказать юридическую помощь и т.д. По нашему мнению, указание на «юридическое содействие» применимо только по отношению к процессуальному представительству, поскольку в материально-правовом отношении представитель не оказывает представляемому юридическую помощь, а совершает сделки от имени представляемого, порождающие для последнего обязательные юридические последствия (ст. 182 ГК РФ), в то время как, оказание юридической помощи не всегда влечет правовой результат. Процессуальное представительство предназначено для защиты или оказания помощи в защите прав и законных интересов граждан и оказания помощи суду, осуществляющему правосудие. В свое время Г.Ф. Шершеневич отмечал, что в понятие представительства входит совершение одним лицом в интересе другого юридических сделок. Защитник, являющийся представителем обвиняемого на суде, не может быть назван представителем в смысле материального гражданского права, потому что не совершает юридических сделок⁶.

Во-вторых, следует согласиться с тем, что сама возможность, содержание и пределы указанного содействия определяются полномочием. Однако, вопросы о том, какими полномочиями может наделить участвующее в деле лицо своего представителя и каким образом оно должно их оформить, возникают и решаются до вступления представителя в процесс и потому являются материально-правовыми. В гражданском праве, объем полномочий представителя, чаще, определяется в доверенности, выданной представляемым. Соответственно действия, которые не были предусмотрены доверенностью, не влекут юридических последствий для представляемого. В процессуальном же представительстве представитель наделяется так называемыми общими полномочиями, предусмотренными законом, и специальными⁷, т.е. представляемый в процессе не может увеличить или уменьшить объем полномочий, так как они закреплены в законе. Общие полномочия позволяют совершать любые процессуальные действия, кроме тех, которые должны быть особо оговорены в доверенности. Специальные полномочия это такие полномочия, которые представитель вправе совершать от своего имени только при специальном указании на них в доверенности (от своего имени заявления с просьбой разрешить ознакомиться с материалами дела, заявляет отводы, ходатайства, дает объяснения, подписывает исковое заявление, отзыв на иск и т.д.) (ст. 54 ГПК РФ). При этом представляемый по своему усмотрению может и не предоставить специальных полномочий представителю в процессе.

В-четвертых, в процессе осуществления полномочия представитель действует по отношению к третьим лицам. В материальном представительстве представитель вступает в отношения с физическими и юридическими лицами. В процессуальном же представительстве место третьих лиц занимает суд, который является органом государственной судебной власти, имеющий исключительную компетенцию. Иначе говоря, если в первом случае это отношения, в основе которых лежит принцип равенства участников, то во втором случае это отношения власти и подчинения.

В-пятых, нельзя согласиться с тем, что в результате осуществления полномочия для представителя не возникает правовых последствий по отношению к третьим лицам. Данный признак не свойственен ни материальному, ни процессуальному представительству, поскольку, для представителя в некоторых случаях правовые последствия все же могут возникнуть. Например, в первом случае, если представитель, действует, превышая полномочия, то правовые последствия по отношению к третьим лицам возникают у представителя. Во втором случае, нарушение представителем порядка в зале судебного заседания повлечет правовые последствия не для представляемого, а для представителя, так как именно последнего удалят из зала судебного заседания.

Принимая во внимание вышеизложенное, на наш взгляд, данный набор признаков не свидетельствует о межотраслевом характере института представительства. Более того, как материальное, так и процессуальное представительство характеризуется наличием отличительных особенностей.

¹ См., напр.: Невзгодина Е.Л. Представительство по советскому гражданскому праву. Томск. 1980. С. 7.; Скловский К.И. Представительство в гражданском праве и процессе (вопросы теории: сущность, содержание, структура): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1982.; Гребенюк Н.Л. О правовой природе представительства в гражданском процессе // Вестник Елецкого государственного университета. Серия «Право». Елец: Изд-во ЕГУ им. И.А. Бунина, 2005. Вып. 10. С. 272.; Гребенюк В.И., Гребенюк Н.Л. К вопросу о представительстве в гражданском праве и процессе // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. Тольятти, 2004. Вып. 43. С. 79.; Дороженко М.Ю. Гражданско-правовое регулирование представительства: проблемы теории и законодательства: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2007. С. 67.; Галушина И.Н. Посредничество как гражданско-правовая категория: дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2006. С. 116–115. Мкртумян Н.А. Межотраслевое правовое регулирование института представительства по гражданским делам: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2007. С. 6–7.

² См., напр.: Невзгодина Е.Л. Указ. соч. С. 11.; Ивакин В.И. Представительство в советском гражданском процессе (вопросы теории и практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1981. С. 18.; Ильинская И.М., Лесницкая Л.Ф. Судебное представительство в гражданском процессе. М, 1964. С. 18.

³ Галушина И.Н. Указ. соч. С. 116–115.

⁴ Невзгодина Е.Л. Указ. соч. С. 7. Дороженко М.Ю. Указ. соч. С. 65–66.

⁵ Толковый словарь Ожегова // Ожегов.РУ // URL: <http://www.ozhegov.ru/slovo/49794.html> (дата обращения 15.07.2012).

⁶ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Спарк, 1995. С. 129.

⁷ Королева С.О. Полномочия представителя в арбитражном процессе и порядок их оформления // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. Юридический журнал. М.: «ИК-Пресс», 2007. №2. С. 403.

**СУБДОГОВОРЫ НА ВЫПОЛНЕНИЕ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИХ РАБОТ,
ОПЫТНО-КОНСТРУКТОРСКИХ И ТЕХНОЛОГИЧЕСКИХ РАБОТ**

По договору на выполнение научно-исследовательских работ исполнитель обязуется провести обусловленные техническим заданием заказчика научные исследования, а по договору на выполнение опытно-конструкторских и технологических работ – разработать образец нового изделия, конструкторскую документацию на него или новую технологию, а заказчик обязуется принять работу и оплатить ее (п. 1 ст. 769 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ))¹. Договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ следует отличать от других сходных с ними видов договоров на выполнение работ. Причину объединения законодателем договоров на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских и технологических работ в главу 38 ГК РФ можно объяснить взаимосвязью указанных работ между собой. Квалифицирующими же признаками названных договоров можно считать: 1) цель – разрешение поставленных перед исполнителем научных и научно-технических задач, в том числе открытие новых закономерностей развития природы и общества, создание новых образцов изделий, материалов, методов, процессов; 2) особый предмет договора (работы и полученные по ним результаты) и его творческий характер; 3) особый режим ответственности исполнителя по договору, связанный с невозможностью дальнейшего продолжения научно-исследовательской деятельности, опытно-конструкторских и технологических работ.

Учитывая творческий характер выполняемой работы и значимость для заказчика научного потенциала исполнителя, законодатель акцентирует особое внимание на вопросе о возможности привлечения к исполнению договора третьих лиц. В принципе данный вопрос может быть решен сторонами любым образом. Если, однако, конкретным договором специально не оговорено иное, действует следующее правило: в договоре на выполнение научно-исследовательских работ исполнитель обязан провести научные исследования лично; напротив, в договоре на выполнение опытно-конструкторских работ исполнитель вправе привлекать к его исполнению третьих лиц. Такой различный подход объясняется, во-первых, неодинаковой степенью творчества, присущей работам, выполняемым в рамках рассматриваемых договоров, и, во-вторых, большей практической потребностью перепоручения отдельных видов (этапов) опытно-конструкторских работ соисполнителям².

По общему правилу в договоре на выполнение опытно-конструкторских и технологических работ в отличие от договора на выполнение научно-исследовательских работ исполнитель имеет право привлекать к исполнению договора третьих лиц (п. 2 ст. 770 ГК РФ), а согласно п. 1 ст. 770 ГК РФ при научно-исследовательских работах такое привлечение возможно только с согласия заказчика.

Однако имеется неопределенность в части установления требований к форме согласия заказчика (устной или письменной) на привлечение третьих лиц соисполнителями. Глава 38 ГК РФ не регулирует данный вопрос, отсылая к нормам о генеральном подряде (ст. 706 ГК РФ). Этот пробел в законодательстве, по мнению И.В. Закржевской, может существенным образом нарушить соотношение интересов сторон, когда недобросовестный заказчик в договоре на выполнение научно-исследовательских работ с целью уклонения от оплаты договора будет указывать на нарушение требований п. 1 ст. 770 ГК РФ в случае, если согласие на привлечение третьего лица исполнителем было сделано им в устной форме. Исходя из этого И.В. Закржевская предлагает внести изменения в п. 1 ст. 770 ГК РФ, указав на обязательность письменной формы согласия заказчика на привлечение третьих лиц в научно-исследовательских работах³.

В вопросах применения положений ст. 706 ГК РФ к субдоговорам на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ в юридической литературе является устоявшейся точка зрения М.И. Брагинского и В.В. Витрянского о том, что одна из общего числа включенных в гл. 38 ГК РФ отсылочных норм, адресатом которой служит ст. 706 ГК РФ, имеет в виду только договоры на выполнение опытно-конструкторских и технологических работ, в то время как все остальные такие же отсылочные нормы включают и договоры на выполнение научно-исследовательских работ⁴.

На наш взгляд, к отношениям исполнителя с третьими лицами, привлекаемыми как при научно-исследовательских, так и при опытно-конструкторских и технологических работах, применяются правила о генеральном подрядчике и субподрядчике (ст. 706 ГК РФ). При заключении субдоговора на выполнение научно-исследовательских работ условием применения положений о субподряде будет получение согласия заказчика на привлечение третьего лица к исполнению.

Само по себе согласие заказчика на привлечение соисполнителя, по мнению отдельных ученых, вовсе не приводит к установлению каких-либо прямых отношений между ним и соисполнителем и ничего принципиально не меняет в конструкции возложения исполнения на третье лицо. Правила о возложении исполнения на третье лицо при привлечении третьих лиц к выполнению научно-исследовательских работ тем более должны соблюдаться⁵.

Субсидиарное применение к субдоговорам на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ норм о субподряде позволяет заключить, что субдоговоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ являются по своей правовой природе самостоятельными правовыми образованиями в системе обязательств подрядного типа. Данный вывод позволяет нам говорить об установлении общих закономерностей в правовом регулировании исследуемых субдоговоров, а также отнести их к самостоятельным разновидностям договора подряда и договоров на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ соответственно.

Таким образом, к отношениям исполнителя с третьими лицами, привлекаемыми как при научно-исследовательских, так и при опытно-конструкторских и технологических работах, применяются правила о генеральном подрядчике и субподрядчике (ст. 706 ГК РФ). При заключении субдоговора на выполнение научно-исследовательских работ условием применения положений о субподряде будет получение согласия заказчика на привлечение третьего лица к исполнению. Субсидиарное применение к субдоговорам на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ норм о субподряде позволяет заключить, что субдоговоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ являются по своей правовой природе самостоятельными правовыми образованиями в системе обязательств подрядного типа.

¹ Закржевская И.В. Договор на осуществление научно-исследовательской деятельности, выполнение опытно-конструкторских и технологических работ. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2009. С. 9.

² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая: учебно-практический комментарий (постатейный) / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, К.М. Арсланов и др.; под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2010 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Закржевская И.В. Указ. раб. С. 15–16.

⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о выполнении работ и оказании услуг // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая: учебно-практический комментарий (постатейный) / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, К.М. Арсланов и др.; под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2010 // СПС «КонсультантПлюс».

О.Б. Орлова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРИЗНАКИ ОСОБОГО ПРОИЗВОДСТВА В АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССЕ

В арбитражном процессуальном законодательстве Российской Федерации не содержится легальной дефиниции особого производства.

Арбитражный процессуальный кодекс РФ 2002 г. предусмотрел формы защиты субъективных прав, вытекающих из предпринимательской и иной экономической деятельности посредством искового и особого производства.

На современном этапе развития предпринимательских отношений целесообразно не только детально регламентировать процедуру рассмотрения дел посредством исковой защиты, но и учитывать специфику разбирательства бесспорных правоотношений в особом производстве.

Термин «особое производство» отражен в некоторых нормах – п. 2. ч. 4 ст. 4; п. 2 ч. 3 статей 17; 30, 40 АПК РФ.

Можно ли отнести особое производство к отдельному виду судопроизводства в арбитражном процессе?

Какие качественные характеристики должны быть заложены в основу признаков особого производства?

Для изучения заявленной проблематики обратимся к логическим критериям выделения «вида» для научных исследований: деление является процессом, а признаки – результатом. При совпадении процесса и результата можно получить истинность познания.

Признаки особого производства традиционно делятся как обязательные и факультативные, субъективные и объективные.

Обязательные – множественность признаков достоверно позволяет утверждать, что выделение особого производства в арбитражном процессе является целесообразным.

«Потребительский спрос», т.е. распространение в правоприменительной практике. Отсутствие спора о праве.

Факультативные – признаки, позволяющие установить наличие причинно-следственных связей в правоотношениях. Их содержание может вариативно изменяться, не касаясь при этом сущности особого производства.

Специфичность действия принципов формальной истины, диспозитивности, состязательности, сочетание частности и публичности правовой заинтересованности.

Единство процессуальной формы в делах искового и особого производств.

Объективные – свойства особого производства, зависящие от волеизъявления заинтересованных субъектов арбитражных процессуальных правоотношений.

Субъектами арбитражных процессуальных правоотношений выступают суд, заинтересованные лица.

Не подлежат рассмотрению с участием арбитражных заседателей дела особого производства (п. 2 ч. 3 ст. 17 АПК РФ).

Предметом защиты выступают законные интересы (ст. 2, 4 АПК РФ).

Законные интересы могут быть утверждены судом путем подтверждения юридического факта или установления состояния.

Сфера юридических фактов, подлежащих доказыванию, формулируется при обращении за судебной защитой, в дальнейшем не подлежит расширительному толкованию.

Исключаются институты, противоречащие юридической природе особого производства (исковая защита субъективных прав, мировое соглашение, встречный иск и т.д.).

Процессуальной формой выражения обращения в суд за судебной защитой законного интереса является заявление.

Субъективные – свойства особого производства, отражающие законодательную регламентацию.

Право суда выходить за рамки заявленных требований, т.е. установить факт и признать право.

В особом порядке могут защищаться законные интересы и неоспариваемые субъективные права (признание имущества бесхозным).

Специфика вынесения решений по делам особого производства в арбитражном процессе.

Особенности исполнения решений по делам особого производства в арбитражном процессе.

Особое производство – вид арбитражного судопроизводства, направленный на защиту прав и законных интересов организаций и граждан в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, в котором отсутствует спор о праве, характеризующийся наличием характерных принципов, специфический юридический субъектный состав участников правоотношений (заявителей), средством и способом защиты права и законного интереса (заявление и установление факта), порядком рассмотрения дел, регламентируемого специальными нормами арбитражного процессуального законодательства, вынесением и исполнением решения.

Ю.С. Поваров

Самарский государственный университет, г. Самара

К ВОПРОСУ О ЗНАЧЕНИИ И СОДЕРЖАНИИ УСТАВА ХОЗЯЙСТВЕННОГО ПАРТНЕРСТВА

Составляющей юридической базы функционирования хозяйственного партнерства, как и подавляющего большинства правосубъектных организаций, является учредительный документ, а имен-

но – устав (ст. 9 Федерального закона от 3 декабря 2011 г. №380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» (далее – Закон о ХП)). Вместе с тем, значение устава партнерства оказывается совершенно нетипичным в сравнении с иными юридическими лицами, поскольку основная регулятивная «нагрузка» лежит отнюдь не на уставе, а на заключаемом при учреждении корпорации соглашении об управлении партнерством. «Возможность заключения *гибкого всеобъемлющего* соглашения», – декларировалось в пояснительной записке к законопроекту, – есть одна из краеугольных характеристик разбираемого вида организации, и, надо сказать, данный концепт, ведущий к существенному **«понижению» роли устава**, оказался в полной мере реализованным в Законе о ХП. В частности, положения, которые устав должен содержать в императивном порядке, являются по преимуществу общестатутными и (или) информативно-фактологическими (см. п. 2 ст. 9).

К сожалению, законодатель не выработал принципы касательно пределов уставной регламентации; не проведено им, как справедливо замечает О.А. Серова, «достаточно четкого разграничения между [обозначенными. – Ю.П.] ...документами»¹. Прежде всего, из Закона о ХП явно не усматривается ответ на крайне принципиальный вопрос о том, **является ли перечень моментов, подлежащих отражению в уставе** партнерства в силу закона (п. 2 ст. 9 и др.), **исчерпывающим**. С одной стороны, имеются формальные поводы для дачи отрицательного ответа, ибо законодатель не вводит соответствующего запретительного правила (т.е. непосредственно не оговаривает, что положения, включаемые в устав, определены в законе законченным образом); данный вывод косвенно вытекает и из формулировки, избранной в п. 2 ст. 9 Закона о ХП («устав партнерства *должен содержать...*»), – она лишь нацеливает на трактовку представленных в названном пункте уставных положений в качестве обязательных, но не отвергает возможности присутствия в учредительном документе факультативных «позиций».

С другой стороны, несложно «отыскать» и аргументы в пользу противоположного видения проблемы. Во-первых, в Законе о ХП отсутствует общее дозволение относительно расширения круга разрешаемых в уставе вопросов, тогда как в большинстве иных нормативных актов, посвященных отдельным видам юридических лиц, соответствующая норма наличествует (см., например, п. 2 ст. 12 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. №14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью», п. 3 ст. 11 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. №208-ФЗ «Об акционерных обществах», п. 2 ст. 5 Федерального закона от 8 мая 1996 г. №41-ФЗ «О производственных кооперативах») (это весомый довод, принимая во внимание незакрепление универсального «разрешения» в кодификационном акте – см. п. 2 ст. 52 ГК РФ). Во-вторых, имеется подобное прямое предписание и в Законе о ХП (п. 1 ст. 6), но исключительно в отношении соглашения об управлении партнерством (предполагая осмысленность, продуманность такого нормирования, появляется повод заявить о различии подходов к «спискам» положений, которые могут содержать устав и соглашение об управлении партнерством). В-третьих, на «ограниченный законом набор сведений» в уставе, как одно из ключевых проявлений «договорного управления хозяйственным партнерством», прямо указывалось в процессе обсуждения законопроекта в Государственной Думе (см. пояснительную записку к законопроекту, заключение Комитета по собственности от 16 июня 2011 г. №3.9-104/1).

С учетом сказанного, не является неожиданным встречающийся в литературе интерпретационный «разнобой». Так, по мнению А.В. Сергомасовой, «поскольку в Законе №380-ФЗ не установлен запрет на включение в устав хозяйственного партнерства положений и сведений, не указанных в ч. 2 ст. 9..., а в сфере отношений, регулируемых гражданским правом, действует принцип диспозитивности..., устав ...может содержать положения и сведения, не указанные в ч. 2 ст. 9»²; к аналогичному итоговому заключению приходит и С.П. Гришаев, по словам которого из п. 2 ст. 9 Закона о ХП не следует, «что устав не может содержать другие сведения»³. Напротив, А.Н. Борисов подчеркивает, что перечень в ст. 9 Закона о ХП «сформулирован ...как исчерпывающий. ...Определение уставом ХП ограниченного набора сведений является одной из особенностей ...управления ХП»⁴.

Констатируя насыщенную потребность нормативного «снятия» проблемы (посредством внесения дополнений в Закон о ХП), полагаем, что в настоящее время все же *нельзя де-юре категорически отрицать правомочность «помещения» в учредительный документ партнерства положений, не упомянутых в законе*. Тем не менее, стоит признать, что *потенциал уставного локального регулирования в партнерствах весьма невелик*: как представляется, по формальным основаниям в случаях, когда Закон о ХП четко оговаривает, что регламентация по тому или иному вопросу может или должна быть произведена в рамках именно соглашения об управлении партнерством (а это имеет место почти по каждому значимому поводу деятельности организации – см., к примеру, п. 1 ст. 2, п. 4 ст. 3, п.п. 2, 4 ст. 10, п.п. 1, 2, 7, 8 ст. 11, ст. 14, ст. 15), устав не может стать заменой «управленческому» договору (даже несмотря на то, что Закон о ХП описал лишь обратную ситуацию, определив недопу-

стимость «нахождения» в соглашении об управлении партнерством положений, которые должны содержаться в уставе – см. п. 1 ст. 6).

Итак, обоснованно выделять две группы уставных правил – положений по аспектам, необходимость или возможность регламентации которых зафиксирована законом, и положений по иным вопросам, решение которых не отнесено законом к исключительной «компетенции» соглашения об управлении партнерством. В обеих ситуациях не исключено появление коллизий: в первой – по причине того, что Закон о ХП по некоторым моментам (п. 3 ст. 3 – предмет и цели деятельности партнерства⁵; подп. 1 п. 1 ст. 5 – порядок участия участника в управлении партнерством) допускает «двойное» регулирование (и уставом, и соглашением об управлении); применительно ко второй группе положений – из-за допустимости «нормотворчества» в формате не только устава, а и соглашения об управлении (что, повторимся, прямо обозначено в п. 1 ст. 6). Вопрос о путях **преодоления** возникающих в названных случаях **противоречий** (который подлежат разрешению посредством закрепления правил о *приоритете* того или иного акта) не попал в поле зрения законодателя (хотя на значимость ясной проработки «вопроса о соотношении устава партнерства и соглашения об управлении партнерством по их юридической силе» резонно акцентировалось внимание думским Комитетом по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству при прохождении законопроекта в Федеральном Собрании РФ⁶). Думается, что как адекватные могут быть признаны два альтернативных варианта нормирования – либо установление безусловного «примата» устава, либо использование дифференцированного подхода в зависимости от направленности «столкнувшихся» уставных и договорных положений (при их ориентированности на третьих лиц приоритет должен быть за уставом; если же речь идет о внутренних отношениях, первостепенное значение можно придать договору).

¹ Серова О.А. Хозяйственное партнерство и хозяйственное товарищество: возможные пути интеграции организационно-правовых форм // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. №2.

² Сергомасова А.В. Ответ на вопрос, подготовленный для системы КонсультантПлюс [текст] // СПС «КонсультантПлюс».

³ Гришаев С.П. Комментарий Закона о хозяйственных партнерствах [текст] // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Борисов А.Н. Комментарий к Федеральному закону «О хозяйственных партнерствах» (постатейный) [текст] // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ В п. 2 ст. 9 Закона о партнерствах говорится не о предмете, а о видах деятельности; однако, очевидна почти полная тождественность данных понятий.

⁶ См. п. 2.2 решения названного Комитета от 24 июня 2011 г. №147.

О.А. Серова

Самарская гуманитарная академия, г. Самара

РАЗВИТИЕ ГРАЖДАНСКОГО И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА НА ОСНОВЕ КОНЦЕПЦИИ КОНВЕРГЕНЦИИ

Прошедшие десятилетия рыночных преобразований в стране убедительно доказывают необходимость комплексного развития законодательства, регламентирующего осуществление экономической деятельности. Само понятие «экономическая деятельность» достаточно многозначно. На наш взгляд, оно не является тождественным предпринимательской деятельности, так как охватывает в своем содержании и иные формы экономической активности участников гражданских отношений.

Принятие в 1994 году первой части Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) должно было положить конец противостоянию цивилистов и «хозяйственников» в споре о месте хозяйственного (предпринимательского) права в правовой системе страны. Однако несмотря на прямое включение предпринимательских отношений в предмет гражданско-правового регулирования в соответствии с положениями ст. 2 ГК РФ, споры не утихли, более того их интенсивность в последние годы значительно повысилась¹.

Причины актуализации проблем регламентации предпринимательской деятельности различны. Несомненно, что многие не готовы принять предложенный проект изменений ГК РФ, как до этого не соглашались с положениями Концепции развития гражданского законодательства. Однако есть и причины более общего порядка, практически не зависящие от субъективного восприятия экспертов и представителей правовой науки. Провозглашенная руководством страны направленность всей эконо-

мической политики страны на модернизацию, технологическое перевооружение требуют реформирования и соответствующей законодательной базы. Однако подобное реформирование должно быть комплексным и системным, основанным на единых принципах, вне зависимости от отраслевой принадлежности отдельного нормативного акта.

В связи с обозначенной проблемой заслуживает внимания реформа предпринимательского законодательства (так называемая – регуляторная реформа), проводимая в Республике Молдова². Соответствующие преобразования начались с 2004 года, путем принятия Закона «О пересмотре и оптимизации нормативной базы регулирования предпринимательской деятельности». Второй этап связан с принятием в 2006 году Закона «Об основных принципах регулирования предпринимательской деятельности», введенный в действие с 1 января 2008 года. Вне зависимости от оценки эффективности и результативности данной реформы, нужно обратить внимание на принципиально верный подход, который имеет все шансы на получение в долгосрочной перспективе положительного результата. Представляется необходимым выделить три важнейших аспекта этого подхода.

1. Четко сформулирован объект реформирования – предпринимательская сфера. Причем вся предпринимательская деятельность в целом, а не отдельные аспекты регулирования, такие как государственная регистрация, правовой статус индивидуальных предпринимателей, государственный контроль и пр. Это придает всей реформе системный, комплексный характер.

2. Первоначальным этапом реформы стал анализ уже существующей нормативно-правовой базы, системная ревизия, выявление устаревших норм и правил, коллизий. Это позволяет выявить «слабые» звенья в системе регулирования (устаревшие, неэффективные и противоречивые нормы), актуализировать задачи. Данный принцип проведения реформы в России был успешно реализован при подготовке Концепции развития гражданского законодательства. Критические оценки в части регулирования предпринимательских отношений, во многом, определены проблемами доктринального характера.

3. После проведенного мониторинга существующего законодательства, его критической оценки и «чистки» от устаревших норм, законодателем сформулированы принципы взаимоотношений государства и предпринимателей. Более верным представлялось бы определение основных начал предпринимательского законодательства, по аналогии с принципами гражданского права. Именно так и называется сам Закон Республики Молдова – «Об основных принципах регулирования предпринимательской деятельности». Однако его основная цель сформулирована в литературе более узко³ – провозглашение принципов взаимоотношений государства и предпринимателей. Такое уточнение направленности регулирования, на наш взгляд, очень показательное. Оно ориентирует на необходимость пересмотра, уточнения и модернизации всех норм права, участвующих в регламентации предпринимательских отношений. В описываемой ситуации окажутся задействованы как отрасли гражданского и административного права, так и сфера налогового регулирования. Ведь сегодня в России многие справедливо высказывают сомнения в эффективности всех законодательных реформ без изменения налогового законодательства. Только комплексное воздействие на предпринимательство может завершиться в итоге позитивным результатом. А это достижимо лишь при наличии неких идейных, концептуальных правил, определяющих роль государства, его позицию в отношениях с предпринимателями.

Именно от принципов взаимодействия государства и бизнеса зависит модернизация экономического устройства страны, производства, внедрение новых технологий. Основами законодательного регулирования и в России должны стать прогнозируемость регулирования предпринимательской деятельности, принцип анализа последствий регулирования, принцип справедливости (пропорциональности) в отношениях между государством и предпринимательским сообществом и др. Российское законодательство отчасти следует указанным тенденциям. Активно развивается нормотворчество на основе предварительно подготовленных концепций регулирования тех или иных областей деятельности, введен институт общественного обсуждения предлагаемых проектов законодательных актов. Однако серьезные разногласия между представителями различных научных школ относительно судьбы предпринимательского права становятся тормозом для продуктивно развития всей правовой системы в целом. Правовое регулирование должно стать той системой правовых средств, при помощи которых будет действительно достигнуто *«результативное, нормативно-организационное воздействие на общественные отношения с целью их упорядочения, охраны, развития в соответствии с общественными потребностями»*⁴ (выделено мною – О. Серова).

Такой результат возможно достичь только отказавшись от идейного противостояния. Концептуальной основой стабилизационного процесса в развитии законодательства о предпринимательской деятельности может стать идея Н.М. Коршунова о конвергенции частного и публичного права⁵.

Именно законодательство о предпринимательской деятельности должно формироваться на основе сочетания частноправового и публично-правового методов регулирования, путем отказа от традиционной концепции дуализма частного права, демонстрирующей свою неэффективность в современных условиях.

¹ См.: например: Андреев В.К. О совершенствовании гражданского и предпринимательского законодательства // Предпринимательское право. 2008. №3; Бельх В.С. О концептуальных подходах в правовом регулировании предпринимательской деятельности // Предпринимательское право. 2010. №4; Мамутов В.К. По поводу одной статьи Е.А. Суханова // Предпринимательское право. 2011. №2.

² Каленик А.В. Основы правового регулирования предпринимательства и предприятий в Республике Молдова: состояние, тенденции развития и проблемы // Предпринимательское право. 2009. №2.

³ Здесь и далее использована цитируемая ранее статья Каленик А.В.

⁴ Алексеев С.С. Теория права. М., 1993. С. 145.

⁵ Коршунов Н.М. Противостояние «хозяйственников» и «цивилистов» в контексте конвергенции частного и публичного права // Предпринимательское право. 2011. №1. С. 2–4.

Чикулаев Р.В.

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТРАНСФЕР-АГЕНТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В СФЕРЕ ОБОРОТА ЦЕННЫХ БУМАГ

Действующее законодательство об обороте ценных бумаг находится в стадии постоянного реформирования. В это же самое время правовая модель оборота ценных бумаг не то чтобы требует модернизации, но, скорее, должна быть выстроена заново, так как находится в несформированном, хаотическом состоянии. Одним из элементов такой системы должны стать механизмы регулирования деятельности специализированных субъектов рынка ценных бумаг, в числе которых можно выделить основные (сейчас они называются «профессиональными участниками рынка ценных бумаг») и вспомогательные. К числу последних относится трансфер-агент как субъект с весьма специфическим правовым статусом.

Этот субъект введен в систему правоотношений на рынке ценных бумаг методом легализации фактически осуществляемых функций. В профессиональной терминологии понятие «трансфер-агент» использовалось на протяжении всего периода развития фондового рынка, однако содержательное наполнение данного понятия менялось. А.В. Габов в своем глобальном исследовании весьма метко указывает, что «трансфер-агент является для законодательства о рынке ценных бумаг фигурой весьма загадочной»¹. Общей характеристикой трансфер-агента можно признать осуществление определенных функций вспомогательного характера, направленных на содействие в осуществлении регистрации прав на бездокументарные ценные бумаги. Название субъекта на протяжении многих лет используется в наименовании основной саморегулируемой организации профессиональных участников учетной системы рынка – «Профессиональная ассоциация регистраторов, трансфер-агентов и депозитариев» (ПАРТАД). Однако легального статуса данный субъект не имел вплоть до принятия Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О центральной депозитарии»², которым было, во-первых, дана легальная дефиниция, а, во-вторых – установлен правовой статус и функции трансфер-агента. Следовательно, можно говорить о радикальном изменении законодательного подхода к статусному регулированию рассматриваемого субъекта.

Здесь, однако, мы имеем дело с некоторой коллизией. Так, согласно утвержденному ФКЦБ РФ и действующему на настоящий момент Положению о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг³, такому субъекту уже дана правовая квалификация, т.е. он был введен в число участников правоотношений на рынке ценных бумаг! Согласно этому акту трансфер-агентом могло быть любое юридическое лицо, заключившее с регистратором договор возмездного оказания услуг, предметом которого является: прием распоряжений на внесение изменений в реестр владельцев ценных бумаг, передача этих и иных сопутствующих документов от владельцев регистратору и обратно, а также проверка подлинности подписей на передаточных распоряжениях. То есть подзаконный акт определил трансфер-агента как лицо общей правоспособности, исполняющее отдельные функции, не относящиеся к видам профессиональной деятельности в сфере рынка ценных бумаг. Не установлены и

специальные требования к такому субъекту за исключением отдельных положений сугубо технического свойства. Однако игнорировать наличие такого субъекта как определяемого хотя бы и на подзаконном уровне полностью нельзя.

Основные исторические и юридические причины сложившейся ситуации состоят в следующем. Одна из ключевых проблем гражданско-правового регулирования отношений с ценными бумагами – соотношение двух сторон одного и того же явления (перехода права на ценную бумагу), а именно: *traditio* (передача права от одного лица к другому лицу в юридическом смысле) и *transfer* (юридическое закрепление права нового владельца). Именно между этими правовыми действиями возникает своего рода разрыв (функциональный, временной) для восполнения которого необходимо, участие функционально ориентированного на это субъекта. Таким субъектом и становится трансфер-агент, в названии которого отражена его юридическая функция, производная от доктринального *transfer*. Оговоримся также, что само появление фигуры «трансфер-агента» в полной мере упомянутую проблему не разрешает, так как имеются иные ее стороны юридического и теоретического свойства. Скорее, трансфер-агент служит вспомогательным инструментом в правореализационной деятельности других управомоченных субъектов.

В обновленном законодательстве трансфер-агент приобретает существенные особенности. Так, если ранее правоспособность трансфер-агента признавалась общей, то в новых условиях она становится специальной. Как следует из норм ст. 8.1. новой редакции Федерального закона «О рынке ценных бумаг», для приобретения статуса трансфер-агента лицо должно иметь правовой статус «профессионального участника рынка ценных бумаг» одного из трех соответствующих видов (регистратора, депозитария или брокера). Здесь мы наблюдаем общую тенденцию усиления степени регулятивного воздействия права на оборот ценных бумаг, выражающуюся в максимальной «профессионализации» деятельности, исключении из нее неспециализированных участников.

При этом сужается не только субъектный состав, но и круг юридических инструментов осуществления такой деятельности. Так, трансфер-агент более не вправе осуществлять свою деятельность на основании договора с регистратором, а может выступать лишь его представителем и только на основании выданной им доверенности. Такая конструкция означает, что деятельность трансфер-агента может осуществлять исключительно в рамках договора поручения. Закон предусматривает возможность использования в конструкции отношений между регистратором и трансфер-агентом также и агентского договора, однако в силу статьи 1005 Гражданского кодекса РФ, и в соотношении ее со статьями 971 и 990 кодекса, такой договор может быть квалифицирован как устанавливающий исключительно отношения поручения. Функционал трансфер-агента значительно не изменен по сравнению с тем, что был предусмотрен актом ФКЦБ РФ, и состоит в однопорядковых действиях: прием документов от владельцев ценных бумаг и передача их в регистратору, а также обратный процесс передачи документов о зарегистрированных правах владельцам. Особенностью можно признать установление круга конкретных обязанностей трансфер-агента: 1) контрольных (идентификация личностей владельцев ценных бумаг и проверка документации), 2) удостоверяющих (свидетельствование подлинности подписей), 3) информационных (обмен документацией и сведениями).

Отдельную проблему составляет удостоверение подписей. Самим своим появлением трансфер-агент обязан не только несомпадению доктринальных *traditio* и *transfer*, но и более простому явлению – необходимости удостоверения подписей лиц на передаточных распоряжениях. В условиях огромной территории нашей страны и особенностей модели рынка ценных бумаг сложилась такая ситуация, при которой право на ценную бумагу возникает лишь с момента внесения приходной записи по счету нового владельца в реестре (в силу прямого указания на это в законе). Фактически же выполнить это требование в условиях территориальной удаленности владельца от регистратора и неразвитости учетной системы рынка ценных бумаг бывает почти невозможно.

Именно поэтому более ранние редакции закона и подзаконных актов о ценных бумагах предлагали разные пути решения этой проблемы, в том числе через удостоверение подписи на передаточном распоряжении любым «профессиональным участником рынка ценных бумаг», организацию системы «гарантии подписи» и т.п. Ни один из методов не оказался удачным. Безупречное с правовой точки зрения нотариальное свидетельствование верности подписи оказалось не всегда применимо по разным причинам (расходы на уплату пошлин, труднодоступность нотариальных услуг и пр.)

В современных условиях проблема решена, по крайней мере, с формальных позиций. Так, право трансфер-агента «удостоверять подписи физических лиц» закреплено теперь легально. Однако, на наш взгляд, остаются как минимум две проблемы. Во-первых, неясно, почему закон обошел вниманием возможность удостоверения подписей уполномоченных представителей юридических лиц, которые защищены от подделки ненамного сильнее, чем подписи граждан (простейшая круглая печать

здесь помогает мало). В-вторых, позволим себе заметить, что принятая в континентально-правовой России система «латинского нотариата», вообще-то, допускает свидетельствование верности подписи только одним субъектом – нотариусом.

С учетом вышесказанного трансфер-агент заслуживает характеристики как специальный субъект с двойным ограничением правоспособности. По нашему мнению, такое регулирование является излишним и ведет к удорожанию транзакционных издержек инвесторов. Трансфер-агентские функции могут быть предметом деятельности любого субъекта предпринимательства, отвечающего установленным требованиям, не обязательно являющегося профессиональным участником рынка ценных бумаг.

¹ Габов А. В. Ценные бумаги: вопросы теории и правового регулирования рынка. М.: Статут., 2011. С 891.

² О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О центральном депозитари» // Федеральный закон Российской Федерации от 7 дек. 2011 г. №415-ФЗ // Рос. газета. 2011. 14 дек.

³ Об утверждении Положения о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг: постановление ФКЦБ РФ от 2 окт. 1997 г. №27 // Вестник ФКЦБ России. 1997. №7.

Ж.В. Эстерлейн, Э.М. Фролович

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЙ АСПЕКТ ПО ВОПРОСАМ ОПТИМИЗАЦИИ МАЛОГО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА В РОССИИ В УСЛОВИЯХ МИРОВОГО КРИЗИСА

Причина современного мирового финансового кризиса заключается в том, что послевоенная мировая экономическая система базировалась на выполнении Соединенными Штатами функции центрального банка мира. Именно доллар был и остается сейчас главной расчетной валютой в международной торговле. И пока доля США в общем объеме мирового ВВП доминировала, а размер международной торговли был относительно незначительным, доллар уверенно выполнял функцию средства платежа¹.

Уменьшение надежности доллара США как средства платежа и средства сбережения неизбежно привело к параличу всей системы международных расчетов. Существенное сокращение объемов международной торговли – как следствие падения спроса на основные виды ресурсов и рост экономического кризиса в большом количестве стран, экономика которых в большей степени зависит от экспорта сырьевых ресурсов. Это во многом касается и России, с ее бюджетом, основанном на цене за баррель нефти.

Так, по мнению аналитиков, России, как и другим развивающимся рынкам, еще предстоит «новая волна» мирового финансового кризиса.

При этом делается упор на то, что выйти из кризиса в одиночку невозможно, только совместные усилия помогут преодолеть скопившиеся проблемы. Не случайно еженедельно в мире собираются представители разных стран, то в формате «восьмерки», то «двадцатки», то 27 стран ЕС для обсуждения совместных действий².

Несмотря на всю серьезность ситуации, если говорить о России, то сравнивать нынешнюю ситуацию с дефолтом 1998 г. нельзя, так как за прошедшие десять лет многое изменилось. Тогда Россия была практически нищей, обремененной долгами и невозможностью их возвращения. Сегодня страна признана примерным заемщиком, поскольку она расплатилась с внешними долгами, создала огромные золотовалютные резервы и стабфонд. С другой стороны, за десять лет российский бизнес стал более открытым, а финансовая система страны – либеральной. Капиталы спокойно перемещаются через границу в обоих направлениях, на фондовые биржи страны приходят иностранцы, российский бизнес привычно берет кредиты на Западе. Причем привык это делать в таком количестве, что сейчас, когда западные банки оказались некредитоспособными, российский бизнес испытывает острый дефицит ликвидности. Между тем в условиях мирового финансового кризиса западные инвесторы стали выводить свои средства из России. Такая же ситуация сейчас – на всех развивающихся рынках.

Так, финансовый кризис в Российской Федерации существенно повлиял на доступность кредитных ресурсов для малого и среднего бизнеса, реализацию инвестиционных проектов, а также на потребительскую активность населения, что также негативно сказывается на малом и среднем бизнесе. Однако, по мнению экспертов, в условиях мирового кризиса малый бизнес России испытывает

меньшее давление финансового кризиса при осуществлении производственной, хозяйственной и коммерческой деятельности по сравнению с крупными и средними предприятиями. Учитывая периодизацию проявлений кризиса, можно констатировать, что российская экономика находится на первом-втором этапе. Ряд экспертов считает, что сложности в осуществлении финансово-хозяйственной деятельности у малых предприятий начинаются на четвертом-пятом этапе³.

Между тем присущие мелким предприятиям гибкость, простота и дешевизна управления, способность содействовать научно-техническому прогрессу, ускорять внедрение его завоеваний, мобилизовать значительные финансовые и производственные ресурсы общества обуславливают важную экономическую, антимонопольную, инновационную и социальную роль этого сектора экономики.

В то же время для мелких предприятий характерны такие слабости, как чрезмерная зависимость от внешней среды, неустойчивость, особенно к финансовым потрясениям, недостаток ресурсов, сложности со сбытом продукции и т.п. Очевидно, что начавшийся мировой финансовый кризис в большей степени окажет негативное влияние на ситуацию в сфере предпринимательства, но особенно это коснется малого бизнеса.

Из-за девальвации рубля, произошедшей в последние месяцы, в крайне тяжелом положении оказался торговый сектор экономики, особенно его малые сегмент. Нарушены связи между производителями товаров и торговыми организациями, особенно связанные с импортом товаров народного потребления, привычные схемы товаропотоков перестают функционировать.

Ощущается нехватка оборотных средств, прежде всего у торговых предприятий. По данным экспертов, средняя обеспеченность ими даже в г. Москве снизилась в 2–3 раза. Как следствие, магазины нередко вынуждены торговать тем, что производители или оптовики поставляют с отсрочкой платежа до реализации. Действующая отечественная система безналичных расчетов все еще имеет много недостатков, а товарный бартер в сфере малого бизнеса практически не развит. Это существенно снижает возможности выживания предпринимательских структур и малых предприятий в условиях кризиса.

В целом недостаток финансовых ресурсов – одна из важнейших проблем малых предприятий в условиях кризиса. Более того, банкам не выгодно выдавать небольшие кредиты (а именно такие кредиты требуются малым предприятиям), в пределах 200–300 тыс. руб. Затраты на изучение деятельности потенциального крупного заемщика и малого предприятия практически одинаковы, а доход банка будет существенно различаться. При этом такие широко распространенные за рубежом направления финансовой поддержки малого бизнеса, как микрофинансирование, финансовый лизинг, кредитная кооперация в нашей стране, практически не получили развития⁴.

Сокращение среднесписочной численности занятых на малых предприятиях (МП) в целом по стране сопровождалось сокращением показателя в ряде федеральных округов. Наибольшее сокращение среднесписочной численности занятых на МП произошло в Северо-Западном и Южном федеральных округах (на 17,8% и 16,8% соответственно). В то же время в отдельных федеральных округах был зафиксирован рост показателя. В Дальневосточном ФО среднесписочная численность работников на малых предприятиях выросла на 17,1%, в Уральском ФО – на 11,5%, в Центральном ФО – на 7,7%⁵.

Ряд специалистов, особенно в банковской сфере, считают, что в условиях кризиса поддерживать необходимо только эффективно работающие малые предприятия. Так, выступая на заседании Совета руководителей Торгово-промышленных палат Московской области 11 февраля 2009 г., председатель правления ОАО «Москомбанк» Ю. Караваев провозгласил, что общая задача и бизнеса, и власти – поддерживать эффективный бизнес, который платит налоги, создаёт рабочие места, пополняет бюджеты всех уровней. «Эффективный бизнес будет расти, а неэффективный умирать, какую бы государственную поддержку ему ни оказывали», – считает Ю. Караваев⁶.

Однако заметим, что в условиях кризиса даже эффективно работающие предприятия могут дать сбой. Зарубежный опыт свидетельствует, что подход, предлагаемый выше, иногда возможен, но только в условиях стабильно функционирующей экономики, причем стабильной в течение относительно длительного периода. В современных же российских условиях ориентация только на эффективно работающие малые предприятия может окончательно развалить сектор малого бизнеса.

Во многих странах формируются специальные резервы для инвестирования в основные средства, выделения малому бизнесу субсидий или фискальных льгот на инвестиции, льготных займов или дотаций. Причем в ряде стран (Бельгия, Франция и др.) малому бизнесу в условиях кризиса на особо льготных условиях предоставляется рискованный капитал, в других (Великобритания, Нидерланды и др.) ему выдаются гарантии под займы. Кроме того, во всех промышленно развитых странах обеспечение финансовой поддержки малым и средним предприятиям (МСП), в тех случаях, когда она

недоступна из других источников, является важнейшей функцией организаций, занятых поддержкой МСП. Очевидно, что игнорировать этот международный опыт поддержки малого предпринимательства, особенно в условиях кризиса, вряд ли целесообразно.

В 2009–2012 гг. радикально усилена деятельность по предотвращению и пресечению действий чиновников, направленных на коррупционное вмешательство в дела малого бизнеса. Усилена борьба с этими явлениями со стороны прокуратуры, Федеральной антимонопольной службы, Счетной Палаты.

Будет продолжена работа по устранению законодательно установленных в прошлые годы излишних административных барьеров. С 1 июля 2009 г. вступил в силу новый Федеральный закон «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля», которым закреплен принцип уведомительного начала предпринимательской деятельности для 13 видов бизнеса, подавляющее число предприятий в которых – это субъекты малого и среднего предпринимательства. В этих же сферах будет легче всего начать собственное дело тем, кто останется без работы. Проверки малых компаний будут осуществляться не чаще, чем 3 раза в год, а внеплановая проверка – только с санкции прокурора⁷.

Вместе с тем следует отметить, что разрабатываемые планы по поддержке малого бизнеса пока ориентированы абстрактно на весь данный сектор. При этом совершенно не учитываются социально-организационные различия в среде малых предприятий. Например, помощь предприятиям, созданным представителями социально-уязвимых групп населения (инвалидами, женщинами, молодежью), мелким фирмам, экспортирующим свою продукцию, инновационному бизнесу в условиях кризиса должна быть более конкретной, точно целенаправленной. Таким предприятиям должны предоставляться специфические налоговые льготы, а, возможно, и льготные кредиты на инвестиции в основные фонды, на модернизацию оборудования, устанавливаться ускоренные амортизационные списания и т.п.

Кроме того, при разработке мер поддержки необходимо учитывать специфические российские черты малого бизнеса, существенно отличающие его от зарубежного. Среди них можно выделить следующие: совмещение в рамках одного малого предприятия нескольких направлений и видов деятельности в отличие от узкой специализации зарубежных малых предприятий; сочетание значительного инновационного потенциала работников с общим низким уровнем технической вооруженности и оснащенности большинства малых и средних предприятий в отличие от нередко противоположной картины на западных фирмах; наличие высокого общего и профессионального уровня образования и квалификации руководителей малых предприятий в сочетании с отсутствием или недостатком опыта управленческой и коммерческой деятельности в условиях рыночных отношений и особенно в кризисных ситуациях; быстрая приспособляемость малых предприятий к сложной экономической обстановке в условиях дезорганизованной системы государственного управления, отсутствия постоянной, полной и достоверной информации о состоянии, динамике и конъюнктуре рынка; почти полное отсутствие кооперации с крупным бизнесом, другими малыми и средними предприятиями и др.

Все эти особенности должны учитываться при разработке действенных, конкретно-целевых мер государственной и негосударственной поддержки сектора малого бизнеса. При этом меры подействию малым предприятиям, осуществляемые на федеральном, региональном и муниципальном уровнях, должны не дублироваться, а органично дополнять друг друга.

¹ Щетинин О. Развитие малого бизнеса в России. М.: Сфера, 2008. С. 5–12

² Карпов С.А. Последствия мирового кризиса для российского малого предпринимательства: вызовы и возможности адаптации // Финансист, 2009. №1. С. 11–13.

³ Симонов А.В. Глобальный экономический кризис и планы внешнеэкономической экспансии российских ТНК // Власть, 2009. №2. С. 11–12.

⁴ Шулятьева Н. А. Малый бизнес в условиях рынка // Деньги и кредит. 2008, №9, С. 22–27.

⁵ Российский статистический ежегодник 2008, М.: Росгостат, 2009.

⁶ Симонов А.В. Указ. соч.

⁷ Карпов С.А. Указ. соч.

V. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Н.В. Антипьева

Конституционный Суд Российской Федерации, г. Санкт-Петербург

СОЦИАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ СЛУЖАЩИХ В СИСТЕМЕ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ НАСЕЛЕНИЯ

Федеральный закон от 27 мая 2003 г. «О системе государственной службы в Российской Федерации» устанавливает три вида государственной службы: гражданскую, правоохранительную и военную (п. 1 ст. 2). Государственная гражданская служба подразделяется на федеральную государственную гражданскую службу и государственную гражданскую службу субъекта Российской Федерации, тогда как военная и правоохранительная служба являются видами федеральной государственной службы (п.п. 2 и 3 ст. 2).

С учетом специфики государственно-служебной деятельности в рамках системы социального обеспечения населения формируется социальное обеспечение государственных служащих и членов их семей, направленное на компенсацию социальных рисков, распространяющихся на разные категории государственных служащих.

В наиболее общем виде **социальный риск**, подлежащий компенсации в системе социального обеспечения государственных служащих и членов их семей, представляет собой вероятность утраты (сокращения, неполучения) трудового дохода государственным служащим (членами его семьи) вследствие повреждения здоровья (смерти) государственного служащего либо изменения или прекращения служебных отношений (основные социальные риски), а также вероятность несения повышенных расходов в связи с наступлением обстоятельств, признаваемых обществом уважительными (дополнительные социальные риски).

Необходимо отметить, что в системе социального обеспечения государственных служащих учитывается не только риск несения гражданином повышенных расходов, но и иные дополнительные риски. Так, например, у членов семьи военнослужащего в связи со сменой места жительства при переводе военнослужащего к новому месту службы либо при прохождении им службы в отдаленных местностях могут возникнуть сложности в трудоустройстве, что негативно отразится на формировании пенсионных прав этих лиц. При этом основной особенностью социального риска у государственных служащих является наличие ограничений, запретов и дополнительных требований, предусмотренных законом в связи с прохождением службы, что также подлежит компенсации в системе социального обеспечения.

Вероятность реализации социального риска зависит от многих факторов, в том числе от вида государственной службы, которую проходит гражданин. Для военнослужащих и сотрудников правоохранительных органов повышенный социальный риск предопределен опасностью соответствующей служебной деятельности для жизни и здоровья граждан. Так, Федеральным законом от 27 мая 1998 г. «О статусе военнослужащих» установлено, что на военнослужащих возлагаются обязанности по подготовке к вооруженной защите и вооруженная защита Российской Федерации, которые связаны с необходимостью беспрекословного выполнения поставленных задач в любых условиях, в том числе с риском для жизни. В связи с особым характером обязанностей, возложенных на военнослужащих, им предоставляются социальные гарантии и компенсации (п. 2 ст. 1).

В то же время государственная гражданская служба имеет значительное сходство с работой по трудовому договору. Не случайно в течение длительного времени на государственных служащих распространялось действие законодательства Российской Федерации о труде с особенностями, предусмотренными Федеральным законом от 31 июля 1995 г. «Об основах государственной службы Российской Федерации» (п. 3 ст. 4). В настоящее время ст. 73 Федерального закона «О системе государственной службы Российской Федерации» закреплено, что федеральные законы, иные нормативные правовые акты Российской Федерации, законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права, применяются к отношениям, связанным с гражданской службой, в части, не урегулированной указанным законом.

Следовательно, значительной потребности в установлении для гражданских служащих каких-либо специальных социальных предоставлений не требуется, поэтому их социальное обеспечение

осуществляется посредством установления смешанной модели правового регулирования, основанной на применении обязательного социального страхования и государственного социального обеспечения. Приоритет при этом принадлежит социальному страхованию, так как на гражданских служащих распространяются все его виды (пенсионное и медицинское страхование, а также страхование от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний, страхование временной нетрудоспособности), а в системе государственного социального обеспечения предусматривается лишь пенсия за выслугу лет.

Напротив, социальное обеспечение лиц, проходивших военную и правоохранительную службу, с учетом специфики служебной деятельности осуществляется только в рамках государственного социального обеспечения. В систему социального обеспечения военнослужащих при этом включаются медицинская помощь и санаторно-курортное лечение, материальное обеспечение в связи с временной или постоянной утратой трудоспособности (потерей кормильца членами семей военнослужащих), дополнительное материальное обеспечение в связи с необходимостью компенсации отдельных расходов и социальное обеспечение лиц, уволенных с военной службы.

Социальное обеспечение сотрудников правоохранительных органов во многом аналогично социальному обеспечению лиц, проходивших военную службу. Федеральным законом от 30 ноября 2011 г. «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» предусмотрено осуществление медицинского и санаторно-курортного обеспечения сотрудника и членов его семьи (ст. 67), выплат в целях возмещения вреда, причиненного ему в связи с выполнением служебных обязанностей (ст. 68), пенсионного обеспечения указанных лиц (ст. 70).

Есть положения о социальном обеспечении и в Федеральном законе от 7 февраля 2011 г. «О полиции», который устанавливает, что при получении сотрудником полиции в связи с выполнением служебных обязанностей увечья или иного повреждения здоровья, исключающих возможность дальнейшего прохождения службы в полиции, ему выплачивается единовременное пособие в размере 2 000 000 р. (п. 5 ст. 43). Если такое повреждение здоровья повлекло стойкую утрату трудоспособности, то гражданину выплачивается ежемесячная денежная компенсация в размере утраченного денежного довольствия по состоянию на день увольнения со службы в полиции за вычетом размера назначенной пенсии по инвалидности с последующим взысканием выплаченных сумм компенсации с виновных лиц (п. 6 ст. 43). В случае гибели сотрудника полиции единовременное пособие в размере 3 000 000 р. в равных долях выплачивается членам его семьи и лицам, находившимся на его иждивении.

Сказанное позволяет констатировать, что *социальное обеспечение государственных служащих* представляет собой часть социального обеспечения населения, которую можно рассматривать как совокупность отношений по предоставлению уполномоченными государством субъектами за счет средств федерального бюджета предусмотренных законом благ в натуральной или денежной форме и услуг лицам, проходящим (проходившим) государственную службу, и членам их семей в целях предотвращения и (или) преодоления последствий риска возможной материальной необеспеченности в случае повреждения здоровья (смерти) государственного служащего или изменения служебных отношений, увольнения со службы, а также несения дополнительных социально значимых расходов (на санаторно-курортное лечение, в связи с рождением детей и т.д.).

П.В. Бойко

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ РАБОТНИКОМ ПРАВА НА ТРУДОВУЮ ЧЕСТЬ

В соответствии с действующей редакцией Конституции России провозглашены права и свободы человека как высшая ценность, а признание, соблюдение и защиту прав человека и гражданина - обязанность государства.

В качестве исторического примера развития отечественного трудового законодательства следует привести положения Устава о промышленном труде, который не был принят в связи со свержением Временного правительства в октябре 1917 г. Указанный акт предполагал право требования работника досрочного расторжения трудового договора по определенным основаниям, в том числе, вслед-

ствие жестокого обращения с работником или посягательства на его честь нанимателем. Такое нововведение было весьма прогрессивным на тот период и оставалось актуальным вплоть до введения в действие действующего кодифицированного закона о труде современной России.

Очевидно, что защита, охрана чести и достоинства гражданина безусловно должны осуществляться нормами трудового права, отражая одну из тенденций его развития – гуманизацию трудовых отношений как важнейшую задачу государства в условиях рыночных отношений. Хочется отметить имеющуюся недоработку Трудового кодекса РФ, который в действующей редакции не затрагивает (не регулирует) этические отношения между работодателем и работником, хотя именно они нередко нарушаются работодателем в трудовых отношениях.

Считаем обоснованной тенденцию в рамках трудового законодательства России закреплять за работниками в законах об их правовом статусе специальное право таких работников на честь и достоинство.

Как уже упоминалось, ТК РФ провозгласил принцип – обеспечение права работников на защиту своего достоинства в период трудовой деятельности. И этот основной принцип нуждается в определенном совершенствовании, ибо неясно, почему в нем нет положения о трудовой чести и деловой репутации работника. Полагаем, что в этом смысле Гражданский кодекс Российской Федерации естественно превосходит Трудовой кодекс РФ. Согласно п. 1 ст. 152 ГК РФ гражданин вправе требовать по суду опровержения порочащих его честь, достоинство или деловую репутацию сведений.

В этой связи было своевременно и обоснованно предусмотреть в ст. 2 ТК РФ положение об обеспечении права работников на защиту чести, достоинства и деловой репутации, исключив тем самым существенный пробел в правовом регулировании указанных отношений.

Нельзя не согласиться с Петровым А.Я., который полагает, что целесообразно исключить из рассматриваемого положения ст. 2 ТК РФ слова "в период трудовой деятельности". Судебная практика по делам о восстановлении на работе (особенно это касается расторжения трудового договора по инициативе работодателя по п. п. 5 – 10 ч. 1 ст. 81 ТК РФ) свидетельствует о многочисленных случаях защиты чести, достоинства и деловой репутации уволенного работника (а не в период его трудовой деятельности).

Невозможно было бы не замечать существенного морального вреда, возникающего в результате нарушения права на честь, причиняемого многим работникам бюджетной сферы, особенно учителям, врачам, работникам сельского хозяйства, которым в ряде регионов России порой систематически не выплачивают своевременно заработную плату и отказывают в возмещении морального вреда лишь на том основании, что это их «имущественные права». Оплата труда – это не только имущественный элемент в трудовом правоотношении. Это также показатель чести и достоинства работника, оценки его как личности, занятой производительным трудом.

Отметим, что спор о правах работников на честь и достоинство нередко возникает в рамках части второй статьи 21 ТК, где обязанности работника полностью воспроизводятся в тексте трудового договора и тем самым устраняются неясности – за неисполнение или ненадлежащее исполнение любых из них к работнику могут быть применены дисциплинарные взыскания.

Однако, за иные деяния, не связанные с выполнением трудовых обязанностей, дисциплинарное взыскание наложено быть не может. Нередко работодатели применяют дисциплинарные взыскания за «недостойное поведение, позорящее честь трудового коллектива» по следам привлечения работника к административной ответственности, например, за мелкое хулиганство, иные правонарушения, не связанные с трудовой деятельностью работника и совершенные им вне рабочего времени и вне задания работодателя. В данном случае речь идет о неисполнении работником общественных или социальных (по отношению к трудовым) обязанностей.

Считаем, что в данном случае в отдельных категориях трудовых отношений обоснованно и законно применение права работодателя привлекать работника к дисциплинарной ответственности за поступки порочащие честь и достоинство мундира определенных профессий.

Примером такой практики может служить Закон РФ «О прокуратуре Российской Федерации». В нем, в отличие от общих норм трудового законодательства, с учетом особенностей трудовой функции работников прокуратуры, усилена их дисциплинарная ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих служебных обязанностей и совершение проступков, порочащих честь прокурорского работника.

Сотрудники полиции в силу ст. 19 Закона РФ «О полиции» могут быть уволены со службы в связи с совершением проступка, порочащего честь сотрудника милиции.

Обратимся также к проблемам судебной защиты работников о нарушенной трудовой чести. Здесь существуют, в том числе, следующий аспект незавершенности и несовершенства нормативной

базы о труде. Начнем, с компенсации морального вреда. Взыскать таковой возможно при рассмотрении судом трудовых споров о защите чести, достоинства и деловой репутации, если в суде будет доказано их умаление, а также при нарушении сроков выплаты заработной платы, при незаконном отказе в приеме на работу, например по мотивам, связанным: с беременностью женщины или наличием у нее детей; трудоустройством выпускников общеобразовательных учреждений начального, среднего и профессионального образования, а также других лиц, с которыми работодатель обязан в силу закона заключить трудовой договор.

Следует подчеркнуть, что необъективный отзыв (характеристика) на работника, нарушение процедуры аттестации, незаконная формулировка причин увольнения, перевод по результатам аттестации могут не только препятствовать работнику защитить трудовую честь, достоинство, но и реализовать конституционное право на труд. Поэтому часто работники, признанные не соответствующими должности, вынуждены обращаться в суд с иском об опровержении сведений, порочащих честь и достоинство.

Э.С. Бондарева

*Иркутский институт «Законодательства и правовой информации
им. М.М. Сперанского», г. Иркутск*

МИНИМАЛЬНАЯ ЗАРАБОТНАЯ ПЛАТА В СУБЪЕКТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК РЕГИОНАЛЬНЫЙ СОЦИАЛЬНЫЙ СТАНДАРТ В СФЕРЕ ТРУДА

В трудовом праве одним из главных приоритетов является проблема оптимального правового регулирования минимального размера оплаты труда, как одной из основных государственных гарантий по оплате труда работников. В условиях, когда происходит беспрецедентное расслоение общества по доходам и уровню жизни (в основном не основанное на трудовом вкладе в общественное производство), роль такого минимального социального стандарта, как минимальный размер оплаты труда, возрастает колоссально. Законодатель должен своевременно и адекватно учитывать реалии сегодняшнего дня. Однако следует констатировать, что, осуществляя правовое регулирование минимального размера оплаты труда, законодатель непрестительно запаздывал или принимал ошибочные решения.

Так, по мнению экономистов, наиболее существенным социальным последствием проводимых рыночных преобразований в России стало не только общее снижение основных показателей уровня жизни населения, но и наличие полярных типов благосостояния, которые различаются уровнями доходов, уровнями расходов и сбережений, способами их воспроизводства, качеством и стандартами потребления¹. В таких социально-экономических условиях правовое регулирование всех минимальных социальных стандартов должно обеспечить выполнение ими своего назначения. И в первую очередь этот тезис относится к минимальному размеру оплаты труда. Социальная и экономическая функция минимального размера оплаты труда может быть выполнена только при условии установления экономически и научно обоснованного его размера. И только при таком условии минимальный размер оплаты труда может оправдать свое значение основной государственной гарантии по оплате труда работников, как это предусматривается ст. 130 Трудового кодекса Российской Федерации.

Действующая правовая конструкция определения минимального размера оплаты труда на федеральном и региональном уровне содержит сочетание государственного и договорного регулирования. При этом следует констатировать о наличии серьезных проблем при правовом регулировании этого социального стандарта. Одной из главных проблем правового регулирования минимального размера оплаты труда является проблема, когда минимальный размер оплаты до настоящего времени не доведен даже до прожиточного минимума, хотя принципиальное положение об этом имеется в Трудовом кодексе Российской Федерации.

В условиях существенной дифференциации регионов по социально-экономическим параметрам давно возникла необходимость определения регионального минимального размера оплаты труда. Поэтому введение в Трудовой кодекс Российской Федерации ст. 133.1, регулирующей установление минимальной заработной платы в субъекте Российской Федерации, было воспринято положительно. Однако на практике возникли существенные проблемы.

Итак, в соответствии со ст. 133.1 минимальная заработная плата в субъекте Российской Федерации может устанавливаться региональным соглашением с учетом социально-экономических усло-

вий и величины прожиточного минимума, который определяется в субъекте Федерации для трудоспособного населения. Возникает вопрос: что понимать под словом «с учетом»? Комментируя данное положение Трудового кодекса, следует акцентировать внимание на то, что жесткой привязки минимальной заработной платы к прожиточному минимуму не наблюдаем. Хотя в литературе высказана, по нашему мнению, ошибочная точка зрения, согласно которой минимальная заработная плата в субъекте Российской Федерации должна быть не ниже прожиточного минимума, устанавливаемого в субъекте Российской Федерации². Увы! Трудовым кодексом Российской Федерации не только не возложена обязанность на субъекты Российской Федерации доводить минимальную заработную плату до уровня величины прожиточного минимума, но и не возложена обязанность устанавливать минимальную заработную плату в субъекте Российской Федерации. То есть Трудовым кодексом продекларировано право субъектов Российской Федерации на установление минимальной заработной платы. Но такое право у субъектов Федерации имелось и до введения ст. 133.1 в Трудовой кодекс.

Таким образом, в существующих правовых условиях вся ответственность за установление минимальной заработной платы в субъекте Российской Федерации, а также за ее уровень возлагается на региональные комиссии по регулированию социально-трудовых отношений. Роль и значение трехсторонних комиссий субъектов Федерации возрастает, но гарантированность установления объективной минимальной заработной платы и вообще ее установления не увеличивается. Это обстоятельство позволяет сделать вывод о необходимости изменения существующего правового порядка определения минимальной заработной платы в субъекте Российской Федерации. В частности, сегодня следует говорить об уточнении ст. 133 Трудового кодекса Российской Федерации. Если исходить из того, что минимальный размер оплаты труда – это социальный стандарт, который устанавливается как на федеральном уровне, так и на уровне субъектов Федерации, то представляется оправданным ввести следующую терминологию: минимальный размер оплаты труда в целом по Российской Федерации и минимальный размер оплаты труда в субъектах Российской Федерации. Поэтому ч. 1 ст. 133 Трудового кодекса Российской Федерации логично было бы изложить в следующей редакции: «Минимальный размер оплаты труда в целом по Российской Федерации ежегодно устанавливается одновременно на всей территории Российской Федерации федеральным законом и не может быть ниже среднегодовой величины прожиточного минимума трудоспособного населения, устанавливаемой в целом по Российской Федерации в соответствии с Федеральным законом «О прожиточном минимуме в Российской Федерации».

Минимальный же размер оплаты труда в субъектах Российской Федерации, по нашему мнению, должен устанавливаться законами, принимаемыми законодательными (представительными) органами государственной власти субъектов Российской Федерации, а не региональными соглашениями, заключаемыми комиссиями по регулированию социально-трудовых отношений. Представляется, что нельзя согласиться с высказанным в литературе мнением, что приемлемым вариантом оптимального регулирования минимальной заработной платы в субъекте Российской Федерации является установление порядка обязательного распространения регионального соглашения о минимальной заработной плате на всех работодателей³.

При решении вопроса об установлении минимальной заработной платы в субъекте Российской Федерации следует исходить из того обстоятельства, что правовая политика по установлению базовых социальных стандартов должна быть единая. Положительным примером в пользу законодательного установления минимальной заработной платы в субъекте Федерации может служить установленная процедура определения прожиточного минимума в субъектах Российской Федерации. Важным аргументом обоснования вышеизложенного подхода является то обстоятельство, что социальные стандарты – это публично-правовая категория. В связи с чем за установление социальных стандартов должно отвечать государство. Правовое регулирование социальных стандартов федерального уровня должно осуществляться федеральным законом, регионального уровня – законом субъекта Российской Федерации, а муниципальные социальные стандарты должны устанавливаться органами местного самоуправления. Поэтому изменение порядка установления минимальной заработной платы в субъекте Российской Федерации обусловлено ее значением как регионального социального стандарта в сфере труда.

¹ Кохова И.В. Региональная дифференциация уровня жизни населения России: дис. ... канд. экон. наук. М., 2004. С. 29.

² Козина Е.В. «Минимальный размер оплаты труда» и «размер минимальной заработной платы»: терминологическая разница в действующем законодательстве, проблемы правоприменения и позиция Верховного Суда Российской Федерации // Трудовое право. 2010. №6. С. 68.

А.С. Бородин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

НОРМЫ ТРУДОВОГО ПРАВА О РАБОЧЕМ ВРЕМЕНИ И ВРЕМЕНИ ОТДЫХА В СВЕТЕ ЭКОНОМИЧЕСКОГО УЧЕНИЯ О МЕРЕ ТРУДА

В XXI в. рабочее время и время отдыха рассматриваются в экономике труда и трудовом праве в разрезе их экстенсивного и интенсивного использования. И юристами, и экономистами анализируется оптимальная продолжительность указанных видов времени, а также качество их использования.

Рабочее время и время отдыха в экономике труда описывают модели индивидуального предложения труда и спроса на труд. С точки зрения экономики труда работник постоянно находится в процессе выбора между рабочим временем как источником заработка и временем отдыха. Субъективная информация относительно личных предпочтений работника между двумя указанными видами времени отражается в виде кривой безразличия, которая показывает различные комбинации между рабочим временем и временем отдыха, которые принесут работнику некоторый заданный уровень полезности. Конкретная форма кривой безразличия зависит от уровня потребностей работника, от характера работы и других обстоятельств. Объективная экономическая информация о комбинациях между временем отдыха и рабочим временем в экономике труда представлена в виде линии бюджетных ограничений. Данная линия показывает, сколько рабочего времени и времени отдыха работник может себе экономически позволить исходя из размера своей заработной платы.

В рамках описываемой модели в экономике труда анализируется ряд закономерностей, например, эффекты замещения и дохода.

Эффект замещения показывает изменение в желаемых часах работы, происходящее из-за изменения ставки оплаты при сохранении постоянного уровня полезности. С повышением размера заработной платы повышаются и альтернативные издержки времени отдыха, ради которого работник должен отказываться от большего объема благ, который он может приобрести на получаемое вознаграждение за труд. Рост цены времени отдыха побуждает работника меньше отдыхать и больше работать.

Эффект дохода означает, что рост нетрудового дохода приводит к росту потребления работником экономических благ, к которым относится и время отдыха, поэтому работник меньше работает, увеличивая свое свободное время. Эффект дохода на практике может вызвать применение относительно работника программ социальной помощи или уменьшение ставки подоходного налога.

С точки зрения работодателей желаемое для них рабочее время (а косвенно – и время отдыха) определяется с помощью модели спроса на труд. Спрос на труд, а, следовательно, на рабочее время произведен от спроса на товары, работы, услуги, которые производит или оказывает работодатель. С помощью модели спроса на труд возможно проанализировать экономическую инициативу работодателей по продолжительности рабочего времени, включая сверхурочную работу.

Трудовое право призвано опосредовать модели спроса на труд и предложения труда и закреплять экономически обоснованное «обобщение» поведения работника и работодателя в рамках указанных моделей в виде определенных правовых норм. Но трудовому праву кроме производственной функции присуща социальная функция, поэтому оно устанавливает предельную продолжительность рабочего времени и минимальную продолжительность времени отдыха. Надо подчеркнуть, что именно борьба за право на ограничение продолжительности рабочего времени и гарантированности продолжительности времени отдыха была одним из основных факторов, за счет которых трудовое право выделилось в самостоятельную отрасль права.

Установление сокращенной продолжительности рабочего времени для отдельных категорий работников (например, указанных в ст. 92 ТК РФ) идет в разрез с экономикой и является одним из ограничителей эффектов дохода и замещения, рассмотренных ранее.

В гораздо большей степени адекватно экономике труда содержание ст. 93 ТК РФ о неполном рабочем времени. Особенно это применимо к первому предложению ч. 1 указанной статьи, согласно которому по соглашению между работником и работодателем могут устанавливаться как при приеме на работу, так и впоследствии неполный рабочий день (смена) или неполная рабочая неделя, а также

к ч. 2 рассматриваемой статьи, предусматривающей, что при работе на условиях неполного рабочего времени оплата труда работника производится пропорционально отработанному им времени или в зависимости от выполненного им объема работ. Остальные условия ст. 93 ТК РФ, особенно касающиеся обязанностей работодателя по установлению неполного рабочего времени для отдельных категорий работников, как думается, не отражают экономические решения.

Установление режима неполного рабочего времени, как представляется, может быть связано как с предложением труда, так и со спросом на труд. В первом случае это происходит под влиянием эффекта дохода, когда работник снижает количество часов ежедневной (еженедельной) работы под влиянием увеличения нетрудового дохода. Представляется, что простота процедуры введения неполного рабочего времени в данном случае (заключение сторонами соглашения) экономически оправдана.

С позиций же спроса на труд установление неполного рабочего времени может быть вызвано ухудшением экономического положения работодателя, например, в период экономического кризиса. В этом случае процедура установления данного режима чересчур сложна. Ведь согласно ст. 74 ТК РФ работодатель в этом случае должен доказать наличие изменения организационных или технологических условий труда, угрозу массовых увольнений работников, учесть мнение выборного профсоюзного органа и т.д. Минимизировать возможность принятия соответствующего решения работодателя без должного экономического обоснования нельзя. А с учетом этого обоснования нужно предложить отечественному законодателю внести в ст. 74 ТК РФ коррективы следующего содержания. Часть 5 статьи 74 ТК РФ целесообразна в следующем виде: «В случаях, когда причины, указанные в части первой настоящей статьи, могут повлечь за собой массовое увольнение работников с учетом экономического положения работодателя и кризисных условий работодатель в целях сохранения рабочих мест имеет право без согласия работников издать приказ (распоряжение) о введении режима неполного рабочего дня (смены) и (или) неполной рабочей недели на срок до трех месяцев. При этом при наличии выборного органа первичной профсоюзной организации работодатель обязан произвести учет его мнения в порядке, предусмотренном статьей 372 настоящего Кодекса для принятия локальных нормативных актов. В данном случае не требуется соблюдение срока уведомления, указанного в части второй настоящей статьи». А ч. 7 видится такой: «Отмена режима неполного рабочего дня (смены) и (или) неполной рабочей недели ранее срока, на который они были установлены, производится работодателем».

Другой группой норм трудового законодательства, адекватных экономике труда, являются положения о работе за пределами установленной продолжительности рабочего времени (ст. 97 ТК РФ). Как известно, в рамках трудового законодательства РФ привлечение к работе за пределами установленной продолжительности рабочего времени возможно в виде сверхурочной работы и в рамках режима ненормированного рабочего дня.

При сверхурочной работе модели спроса на труд, прежде всего, соответствуют ситуации, указанные в частях 2 и 3 ст. 99 ТК РФ. Модель предложения труда проявляется в случае, предусмотренном в ч. 4 ст. 99 ТК РФ. В такой ситуации налицо эффект замещения, когда работник в связи с повышением оплаты работает больше за счет сокращения времени отдыха.

Что касается ненормированного рабочего дня, то в соответствии со ст. 101 ТК РФ отдельные работники могут по распоряжению работодателя при необходимости эпизодически привлекаться к выполнению своих функций за пределами установленной для них продолжительности рабочего времени. Перечень должностей работников с ненормированным рабочим днем устанавливается коллективным договором, соглашениями или локальным нормативным актом, принимаемым с учетом мнения представительного органа работников.

К сожалению, указанная статья не содержит ограничений по продолжительности работы, осуществляемой за пределами рабочего времени. При этом привлечение работника к такой работе не требует его согласия, если он принят на работу по должности, включенной в перечень должностей с ненормированным рабочим днем (особым режимом работы). Особенностью данного режима рабочего времени является то, что работник, подчиняясь общему режиму работы организации, установленному правилами внутреннего трудового распорядка, по распоряжению работодателя при необходимости эпизодически привлекается к работе для выполнения своих трудовых функций сверх установленной для него продолжительности рабочего времени. При этом такая переработка не оплачивается и не признается сверхурочной работой. Есть глубокая убежденность в том, что применительно к сегодняшней ситуации данные положения нуждаются в доработке.

Видится целесообразным предложить следующий вариант текста ст. 101 ТК РФ. В ч. 1 этой статьи должно говориться следующее: «Ненормированный рабочий день – особый режим работы, в

соответствии с которым отдельные работники в случае необходимости выполнения заранее непредвиденных работ, от выполнения которых зависит нормальное функционирование работодателя, могут по письменному распоряжению работодателя эпизодически (не более 2-х раз в рабочую неделю) привлекаться к выполнению своих трудовых функций за пределами установленной для них продолжительности рабочего времени». Текст ч. 2 в авторской трактовке видится таковым: «Каждый час привлечения работника к работе за пределами установленной для него продолжительности рабочего времени в рамках режима ненормированного рабочего дня оплачивается не менее, чем в двойном размере. Вместо указанной повышенной оплаты работнику с его письменного согласия может быть предоставлен отпуск в порядке, предусмотренном трудовым законодательством». В ч. 3 предлагается оговорить: «Перечень должностей работников с ненормированным рабочим днем устанавливается коллективным договором, соглашениями. Кроме того, работа в данном режиме может быть предусмотрена в трудовом договоре с работником». Целесообразно, чтобы ч. 4 ст. 101 ТК РФ предусматривала следующее: «Продолжительность работы в режиме ненормированного рабочего дня не должна превышать для каждого работника 4 часов в течение двух дней подряд и 120 часов в год». Наконец, в ч. 5 можно указать на то, что работодатель обязан обеспечить точный учет продолжительности работы в режиме ненормированного рабочего дня для каждого работника.

Думается, что в рамках предложенной конструкции режима ненормированного рабочего дня будут задействованы и эффект дохода, и эффект замещения, изучаемые экономикой труда.

Л.Ю. Бугров

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ЗАКЛЮЧЕНИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА: К УТОЧНЕНИЮ ПОНЯТИЙНОГО АППАРАТА

Основатель пермской школы права А.А. Ушаков подчеркивал роль языка как первоэлемента, из которого конструируется форма права. При этом он сделал вывод о том, что в ходе соответствующего конструирования образуется особый строй речи, основанный на определенных принципах отбора, сочетания и обработки языковых средств¹. Развивая такие суждения, специалисты выделяют положение о том, что для единства юридической терминологии необходимо, чтобы при обозначении определенного понятия в праве употреблялся один и тот же термин, а при обозначении не совпадающих между собой понятий использовались различные термины. Иначе возможны неточности, путаница и даже ошибки в правовой деятельности². Эти выводы в последующем получили закрепление и в науке трудового права³. Используя подобные наработки, видится важным уточнить лексику, используемую в трудовом праве относительно динамики в заключении трудового договора.

Отношения по поводу заключения трудового договора представляют собой стадию в его развитии. Любой трудовой договор сначала заключается, а потом прекращается. При этом между названными обстоятельствами возможны изменение и приостановление трудового договора. Таким образом, развитию трудового договора свойственны четыре стадии. Две из них обязательны, а две из них лишь возможны. Как бы то ни было, но существует стадия заключения трудового договора.

Данный вывод в известной мере дискусионен в части употребления термина «стадия». Например, С.С. Алексеев пишет о главных фазах существования правоотношения⁴. Может быть, именно термин «фаза» является более удачным в контексте рассмотрения? Допустив это, пришлось обратиться к многочисленным случаям употребления юристами слова «фаза». Такой анализ позволил в целом сделать вывод о том, что термин «фаза» с позиций права обычно свидетельствует о наличии внешних (формальных) обновлений, основанных на внутренних (содержательных) переменах какого-то одного и того же базового юридического явления. В исследуемой плоскости этим явлением может быть только трудовой договор. Но при его заключении как такового трудового договора до известного момента (например, подписания трудового договора обеими его сторонами) нет, а заключение трудового договора как процедура есть уже со времени обращения лица, ищущего работу, к данному работодателю. Следовательно, в целом заключение трудового договора фазой развития трудового договора не является. А вот употребление термина «стадия» (в смысле фрагмента в динамике трудового договора) возражений не вызывает.

Данная стадия, как думается, делится на определенные этапы. Рассматривая этот вопрос, видится вполне допустимым обратиться к науке кадрового менеджмента, которая, будучи экономической по своей сути, призвана фиксировать в себе экономическую детерминацию всего круга изучае-

мых общественных отношений. В частности, исходя именно из посылов рыночной экономике труда, М.Х. Мескон, М. Альберт и Ф. Хедоури пишут о микроэкономическом формировании трудовых ресурсов и выделяют в нем этапы: 1) планирование (оценка наличных ресурсов, оценка будущих потребностей, разработка программы удовлетворения будущих потребностей, учитывающая и юридические аспекты), 2) анализ содержания работы (завершающийся созданием должностной инструкции), 3) набор как создания резерва кадров, 4) отбора наиболее подходящих кандидатов из резерва посредством использования различных испытаний, собеседований и деятельности так называемых центров оценки, 5) определение заработной платы и льгот. При этом формирование трудовых ресурсов в трактовке названных авторов перерастает в развитие трудовых ресурсов, включая обучение трудовым навыкам и повышение качества трудовой жизни⁵.

Данная точка зрения вызывает большой интерес с позиций современного развития трудового права. Из ее анализа вытекают, в частности, целесообразность локальных программ по планированию трудовых ресурсов, разрабатываемых и принимаемых при желательном участии соответствующих профсоюзных органов; полезность локальных нормативных актов о формировании резерва кадров работников и работе с ним; наращивание гибкости в правовом регулировании по поводу процедур отбора кадров и в связи с этим – в определении составов юридических фактов, необходимых для возникновения индивидуального трудового правового отношения; усиление значимости разнообразных дополнительных льгот в содержании трудовых договоров.

Что касается отечественной трудово-правовой литературы, то авторы чаще всего делят заключение трудового договора на стадии. Позиции относительно количества и качества таких стадий различны. Например, Е.Б. Хохлов пишет о трех стадиях: первой, когда стороны осуществляют предварительные переговоры и в особо оговариваемых законодательством случаях производят определенные другие действия и оформляют необходимые документы; второй – когда достигается соглашение; третьей – которая связана с испытанием при приеме на работу, а потому – может и отсутствовать⁶.

В связи с изложенными суждениями важно прежде всего обратить внимание на лексический аспект в его неразрывности с юридическим смыслом. В принципе, к результатам деления стадии заключения трудового договора на фрагменты допустимо применить слово «стадии». Но тогда неминуема путаница между стадиями в динамике трудового договора и стадиями в процедуре заключения трудового договора. Вот почему желательно разнообразить и при этом конкретизировать юридическую терминологию таким образом, чтобы обеспечить обозначение разных по смыслу юридических явлений разными словесными формами. Употребление слова «стадии» применительно к динамике трудового договора в русскоязычном правовом поле уже в известном смысле состоялось. Значит, здесь перемена в лексическом ряду нежелательна. А касаясь более узких градаций процедур внутри стадий подобное обновляющее уточнение вполне реально. Заключение трудового договора, если оно не прерывается отказом сторон (одной из сторон), движется, что называется, «по нарастающей» в сторону возникновения индивидуального трудового правового отношения. Оно переходит из одного состояния в другое более сложное. Следовательно, именно слово «этапы» для характеристики этого является оптимально уместным.

Другое дело, что применимо к трудовому праву каждый из выделяемых этапов заключения трудового договора должен содержательно фокусироваться именно на той или иной трудово-правовой задаче, осуществляемой на каждом из этапов. Вот почему, как представляется, стадии заключения трудового договора свойственны два этапа, следующие за выбором трудового права как отрасли права, которая будет регулировать отношения по поводу труда, выбором возможного контрагента и предполагаемого желаемого содержания трудового договора каждой из его возможных сторон. Первый – этап трудоустройства лица, ищущего работу у данного работодателя. Второй – этап вступления трудового договора в силу.

Первый из двух выделенных этапов в зависимости от норм национального права, локальных условий и т.п. в свою очередь насыщается сложным содержанием, в котором смешиваются юридические конструкции, их экономическая подоплека, устои кадрового менеджмента и психология соответствующих социальных отношений. Этот этап охватывает несколько ступеней. Так или иначе в качестве подобных ступеней, как правило, фигурируют: а) инициатива любой из сторон, направленная на заключение именно трудового договора, и представление лицом, ищущим работу, работодателю определенных документов; б) анализ работодателем появившейся ситуации в плане формальной и реальной возможности заключения трудового договора; в) при позитивном прогнозе работодателя по отношению к кандидатуре будущего работника далее идет процедура обсуждения договорных условий и содержательное соединение их воль по каждому условию; г) формальное (на письме) соединение воль, подписание сторонами трудового договора.

Второй этап столь сложного содержания, как правило не имеет и во многом предопределяется содержанием трудового договора, выработанном на первом этапе. Если стороны не привносят в регулирование заключения трудового договора каких-то дозволенных особенностей, то в России достаточно того, чтобы работник приступил к исполнению трудового договора со дня, установленного этим договором, а работодатель не использовал своего права на аннулирование трудового договора в порядке, оговоренном в ч. 4. ст. 61 Трудового кодекса РФ. В известном смысле эти деяния сторон в России возможно рассматривать в качестве ступеней второго этапа стадии заключения трудового договора. Однако следует иметь в виду, что названные ступени составляют только юридически достаточный минимум для вступления трудового договора в силу. Для того, чтобы такой минимум преобразовался в оптимальный вариант, стороны в России должны выполнить ряд и иных юридических действий, требуемых на законодательном уровне (работодатель должен, например, издать приказ о приеме на работу), а также исполнить возможные договорные обязательства, влияющие на заключение трудового договора в данном конкретном случае.

Завершая данную статью, хотелось бы надеяться на то, что российский законодатель будет стремиться оптимизировать методологию глав 10 и 11 Трудового кодекса РФ. И при этом изложенные выше суждения будут приняты во внимание.

¹ См.: Ушаков А.А. Очерки советской законодательной стилистики. Пермь, 1967. С. 86.

² Язык закона / под ред. А.С.Пиголкина. М., 1990 (авторы раздела – Е.М.Сморгунова и А.С.Пиголкин).

³ См., например: Головина С.Ю. Понятийный аппарат трудового права: дис. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 1998; Степанова Е.Л. Оценочные понятия трудового права: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2005; Шайхутдинова Н.П. Терминологические проблемы трудового права: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008; Смирнов Д.А. Понятийный аппарат института оплаты труда: комплексный анализ: дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2009.

⁴ Алексеев С.С. Общая теория права. М., 2009. С. 401–402.

⁵ Мескон М.Х., Альберт М., Хедоури Ф. Основы менеджмента. М., 1992. С. 566–589. В российской литературе по кадровому менеджменту некоторые из перечисленных этапов фрагментарно также признаются. См., например: Травин В.В., Дятлов В.А. Основы кадрового менеджмента. М., 1995; Молодчик А.В. Менеджмент: стратегия, структура, персонал. М., 1997; Кузнецова Л.А., Головина С.Ю. Настольная книга менеджера по персоналу. Екатеринбург, 1997.

⁶ Трудовое право России / под ред. С.П. Маврина и Е.Б. Хохлова. М., 2002. С. 295 (автор раздела – Е.Б. Хохлов).

М.И. Григорьева

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

БЕЗРАБОТНЫЕ ГРАЖДАНЕ КАК СОЦИАЛЬНАЯ ГРУППА: ПРАВОВОЙ СТАТУС И СОЦИАЛЬНЫЕ ХАРАКТЕРИСТИКИ

По официальным данным в Пермском крае уровень регистрируемой безработицы заметно снижается, так по данным Агентства по занятости населения Пермского края за I квартал 2012 года, общая численность безработных в регионе составляет 101,2 тыс. чел., что соответствует уровню общей безработицы 7,2% к численности экономически активного населения (во II квартале 2011 г. – 122,1 тыс. чел., 8,7% соответственно). В течение января – июня 2012 г. в органы службы занятости Пермского края обратилось за предоставлением государственных услуг 111,6 тыс. чел., что на 18,1% меньше, чем в аналогичный период прошлого года, из них за содействием в поиске подходящей работы 52,3 тыс. чел. (136,2 тыс. чел. и 66,3 тыс. чел. в I полугодии 2011 года). Тем не менее, безработица остается актуальной социальной проблемой, поэтому интересно рассмотреть правовой статус и социальные особенности безработных как социальной группы.

В современной социальной теории и практике определение безработных как социальной группы различается.

Специалисты социальных служб и служб занятости населения при определении человека безработным руководствуются ст. 3 закона Российской Федерации «О занятости населения», где сказано, что безработными признаются трудоспособные граждане, которые не имеют работы и заработка, зарегистрированы в органах службы занятости в целях поиска подходящей работы, ищут работу и готовы приступить к ней. При этом, в качестве заработка не учитываются выплаты выходного пособия и сохраняемого среднего заработка гражданам, уволенным в связи с ликвидацией организации либо прекращением деятельности индивидуальным предпринимателем, сокращением численности

или штата работников организации, индивидуального предпринимателя. К безработным относятся лица 16 лет и старше, которые в рассматриваемый период: а) не имели работы (доходного занятия); б) занимались поиском работы (обращались в службу занятости, к администрации предприятия, использовали личные связи, помещали объявления в печати и др.) или предпринимали шаги к организации собственного дела; в) были готовы приступить к работе.

При отнесении лиц к безработным должны присутствовать все три критерия, перечисленные выше, иначе человек не может быть признан безработным, а, следовательно, не может рассчитывать на получение услуг, предоставляемых органами занятости для данной категории населения, в полном объеме, как это происходит в данный момент по отношению к лицам, получающим услуги по обучению/переобучению/переподготовке по направлению служб занятости или выполняющим общественные работы, оплачиваемые за счет службы занятости населения.

В отличие от российской практики, по методологии Международной Организации Труда (МОТ), к безработным могут быть отнесены учащиеся, студенты, пенсионеры и инвалиды, если они занимались поиском работы и были готовы к ней приступить. Безработными, по методологии МОТ, считается население в возрасте от 16 лет и старше, которые являются трудоспособными, но не занимаются в данный момент трудовой деятельностью, а также те, кто принял бы подходящую работу или организовал бы собственное дело в ближайшее время, если бы такая возможность возникла, и кто активно искал способы получить работу или начать свой бизнес самостоятельно или с помощью соответствующих служб. На наш взгляд, подход к определению категорий «занятые» и «безработные» является более современным, однако, говорить о возможности его применения в российской практике сложно. С одной стороны, широта определения рамок категории «безработный» в соответствии с методологией МОТ позволяет увеличить количество лиц, которым могло бы быть оказано содействие в трудоустройстве, однако, с другой стороны, это может привести и к чрезмерному увеличению численности данной социальной группы, особенно учитывая ее социально-психологические особенности.

Безработные наряду с наименее квалифицированными рабочими и служащими, лицами, не имеющими профессий, вынужденными мигрантами и переселенцами, многодетными матерями, пенсионерами и инвалидами, согласно стратификационной модели Т.И. Заславской, относятся к узкому и маловлиятельному низшему слою российского общества. Основными чертами этой группы М.М. Горбатова и В.В. Нинштилль называют очень низкий личный и семейный доход, малое образование, занятие неквалифицированным трудом или отсутствие постоянной работы, а также низкий деятельностный потенциал и неспособность адаптироваться к жестким социально-экономическим условиям переходного периода. При этом Т.И. Заславская, говоря о представителях данного социального слоя, дает им следующие социально-психологические характеристики: глубокое отчуждение от власти, недоверие к ее институтам, инициативам и реформам, сочетающееся с патерналистскими ожиданиями в адрес государства; слабость гражданских, достижительных и либеральных ценностей, высокая ценность покоя и воли, рассматриваемых как отсутствие внешнего принуждения и внешних ограничений; высокую значимость личностных и социальных сетей, преобладание ориентаций на семью или узкий круг близких людей, коллективизм, взаимопомощь; неразвитость рациональных мотиваций, неодобрительное отношение к богатству, нерасчетливость поведения; слабое уважение к формально-юридическим нормам, сниженный уровень моральных запретов, склонность к анархии; слабую гражданскую активность, отсутствие навыка борьбы за свои права, предпочтение стратегий скрытого саботажа при сохранении внешней покорности власти.

Говоря о социальном портрете безработных, И.Ф. Файзуллин отмечает, что среди них: 34,1% были высвобождены в результате перестройки структуры предприятия или из-за банкротства; 35,4% – уволились по собственному желанию в то время, когда в 1998 г. первый показатель был почти в два раза выше. Среди респондентов, недовольных оплатой труда на прежнем месте работы, преобладают те, кто уволился по собственному желанию (36,1%). Около 75% опрошенных утверждают, что они за свои интеллектуальные способности не получают достойного вознаграждения; 30,1% безработных говорят, что им не нравилось последнее место работы; 55,5% респондентов готовы переквалифицироваться; 25,1% опрошенных согласились бы открыть собственное дело, таких в 1998 году было всего 11,2%.

Из вышесказанного следует, что безработные, как представители низшего слоя российского общества, обладают рядом социально опасных характеристик. Поэтому социальная политика и социальная работа должны быть направлены на повышение социальной активности данной категории населения, содействие максимальному развитию и реализации человеческого и профессионально-трудового потенциала.

ВЛИЯНИЕ ПРИНЦИПА ЕДИНСТВА И ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ НА СИСТЕМАТИЗАЦИЮ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА

Систему трудового права формируют нормы, которые регулируют отношения, составляющие предмет этой отрасли. Такие отношения являются неоднородными по своему составу, поэтому и регулирующие их правовые нормы отличаются по своей природе. Именно это обстоятельство характеризует трудовое право как многоуровневую, иерархическую систему, со сложной структурой, обусловленной предметом правового регулирования. Но на формирование системы трудового права влияют также и его принципы, в частности принцип единства и дифференциации регулирования трудовых отношений.

Трудовому праву присуще сочетание норм общей сферы действия с нормами, влияние которых ограничено известным кругом лиц или отношений. Как справедливо отмечает О.М. Ярошенко, с одной стороны действуют общие нормы, которые содержат правовые предписания для всех без исключения работников и обеспечивают единство правового регулирования трудовых отношений. С другой стороны, существуют нормы, учитывающие особенности труда разных категорий трудящихся¹. В этом и состоит суть принципа единства и дифференциации, который по нашему мнению, вместе с предметом правового регулирования является систематизирующим фактором.

Единство правового регулирования обеспечивается принятием централизованных правовых норм, имеющих императивный характер. Эти нормы не могут быть изменены участниками конкретных трудовых отношений. Такое единство правового регулирования обеспечивается путём фиксации в норме конкретных прав и обязанностей субъектов трудовых отношений либо обозначением круга трудовых отношений, регулируемых исключительно на центральном уровне.

Заданием дифференциации является конкретизация общей правовой нормы относительно отдельных категорий работников, трудящихся в разных условиях, а также учёт особенностей разных видов трудовых отношений.

Дифференциация правового регулирования отражает фактические различия по характеру, содержанию и условиям труда. В связи с этим необходимо принимать дополнительные нормы, призванные приспособлять общие правовые предписания к специфическим условиям труда или учитывать особенности субъектов трудовых отношений².

Принцип единства и дифференциации прослеживается в трудовом праве с его зарождения. Ещё в Российской империи (в составе которой находилась и часть современной Украины) рабочее законодательство дифференцировалось. Например, предусматривались особенности правового регулирования работы приказчиков, фабричных и сельских работников, ремесленников, матросов, трудящихся на золотых приисках³.

Современное трудовое право также содержит немало норм, направленных на специальное регулирование трудовых отношений. Именно эти нормы предлагается объединить в Специальную часть. Она образует ещё один элемент системы трудового права вместе с Общей и Особенной частью.

Выделение Специальной части в структуре системы трудового права позволит более точно очертить сферу влияния специальных норм, обозначить и сгруппировать виды субъектов трудовых правоотношений, которым эти нормы адресованы. Кроме того, если предложенная структура системы трудового права будет отражена в новом Трудовом кодексе (принятие которого ожидается в скором времени), это значительно упростит пользователям поиск необходимых норм.

В науке, практике и законодательной деятельности уже давно фактически различают три составляющие части трудового права: 1) основополагающие нормы, (в моем понимании основные нормы) 2) нормы, регулирующие все трудовые отношения (общие нормы) и 3) специальные нормы, регулирующие труд отдельных категорий работников⁴. Признавая существование единства и дифференциации в трудовом праве, законодатель обязан выделить соответствующие части, т.е. привести трудовое законодательство в соответствие с объективно существующей системой права.

Выделение указанной части было предложено российским учёным В.М. Лебедевым, который Специальную часть формирует из институтов, закрепляющих особенности правового регулирования социально-трудовых отношений в отдельных отраслях народного хозяйства⁵.

Однако необходимо обратить внимание на то, что дифференциация в трудовом праве может определяться как объективными, так и субъективными основаниями.

Субъективные основания дифференциации правового регулирования труда можно считать особенностями, характеризующие личность работника. Субъекты трудовых правоотношений различаются по правовому статусу, возрасту, полу, состоянию здоровья и другим признакам. Они требуют разного правового регулирования, которое может осуществляться как на централизованном, так и на локальном уровне (непосредственно на предприятиях)⁶. Субъектная дифференциация связана с предоставлением определённых льгот, гарантий преимуществ отдельным категориям работников, в частности женщинам, несовершеннолетним, инвалидам и др. Объективными основаниями дифференциации в юридической литературе считают условия труда в отдельных отраслях народного хозяйства и на определённых территориях⁷.

Именно по этим основаниям дифференциации целесообразно обобщить специальные нормы в правовые институты. Поэтому предлагается в Специальной части трудового права выделять три института: институт социальных гарантий в трудовом праве, который объединяет правовое регулирование трудовых отношений лиц, нуждающихся в повышенной социальной защите; институт отраслевых особенностей, объединяющий нормы, посвящённые регулированию специфики и характера труда в отдельных отраслях производства, а также институт территориальной дифференциации, обеспечивающий правовое регулирование трудовых отношений в зависимости от места расположения предприятий.

¹ Ярошенко О.М. Окремі питання єдності та диференціації правового регулювання праці. // Актуальні проблеми науки трудового права в сучасних умовах ринкової економіки: Матер. наук.-практ. конф.; м. Сімферополь, 19–20 травня 2003р. Харків: Нац. ун-т внутр. справ, 2003. С. 51.

² Бурак В.Я. Єдність і диференціація правового регулювання трудових відносин робочого часу, часу відпочинку і заробітної плати: автореф. дис. канд. ... юрид. наук. Київ, 2005. С. 10.

³ Трудовое право России / под ред. А.С. Пашкова, Спб., 1994. С. 43.

⁴ Лебедев В.М. Трудовое право: проблемы общей части. Томск, 1998. С. 36.

⁵ Там же. С. 38.

⁶ Бурак В.Я. Укз. соч. С. 11.

⁷ Ярошенко О.М. Укз. соч. С. 52–54.

О.О. Иваночко

Львовский национальный университет им. Ивана Франко, г. Львов

СУБЪЕКТЫ ПРАВА НА СОЦИАЛЬНОЕ ОБСЛУЖИВАНИЕ В УКРАИНЕ

Согласно общепризнанному принципу всеобщности права на социальное обеспечение все граждане имеют одинаковые возможности социального обеспечения в случае наступления определенных в законодательстве юридических фактов независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и служебного положения, местожительства, принадлежности к религии, политическим убеждениям и другим обстоятельствам¹. Соответствующий принцип свое нормативное подтверждение получил как на международном, так и на национальном уровнях. Общая Декларация прав человека и гражданина провозглашает, что каждый человек должен иметь все права и свободы независимо от расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или других убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или другого положения (ст. 2). Конституция Украины 1996 г. закрепляет право граждан на социальную защиту, включающую право на обеспечение в случае полной, частичной или временной потери работоспособности, потери кормильца, безработицы из независимых от них обстоятельств, в старости, в иных случаях, предусмотренных законом (ст. 46).

Необходимо обратить внимание на то, что в Основном законе законодатель употребляет понятие «гражданин», не имея при этом в виду правовой связи лица и государств. Мысль подтверждает положение ст. 26 Конституции Украины, провозглашающее право на социальное обеспечение (в том числе социальное обслуживание) как граждан Украины, так и иностранцев и лиц без гражданства. Такие лица, если они находятся в Украине на законных основаниях, пользуются теми же правами и свободами, что и граждане Украины за исключениями, установленными положениями законов Украины и международных договоров. Что касается конкретно социального обслуживания, по Закону

Украины «О социальных услугах» от 19 июня 2003г., право на получение социальных услуг имеют граждане Украины, а также иностранцы и лица без гражданства, в том числе беженцы, проживающие в Украине на законных основаниях и находящиеся в сложных жизненных обстоятельствах. По нашему мнению, несправедливой является ситуация, когда иностранец, проживающий на территории Украины на законных основаниях, 1–2 дня на протяжении года обращается к соответствующим государственным органам для получения необходимого социального обслуживания. Принимая во внимание это, целесообразно прибавить требование о непрерывности такого проживания. В соответствии с национальным законодательством к физическим лицам, непрерывно проживающим на территории Украины, принадлежат лица, разовый выезд которых за границу в частных делах не превышал 90 дней, а в сумме за год – 180 дней². Поэтому предлагаем внести изменения в цитируемую выше ст. 6 Закона Украины «О социальных услугах», где закрепить право на социальное обслуживание не всех иностранцев, лиц без гражданства и беженцев, а лишь непрерывно на законных основаниях проживающих на территории Украины.

Кроме физических лиц Закон Украины «О социальных услугах» субъектами права на социальное обслуживание провозглашает также социальные группы. Социальная группа – это группа лиц, объединенных по общему социальному, демографическому или другому признаку, находящихся в сложных жизненных обстоятельствах и нуждающихся в предоставлении им однотипных социальных услуг³.

В общетеоретической юридической литературе сформировалось свое мнение по поводу признания социальных групп субъектами права. По мнению Р.Г. Губенко, социальные сообщества являются субъектом преюдициальных правоотношений⁴. Продолжает мнение С.С. Алексеев, отмечающий: «Потому, что главные социальные общности людей выступают в качестве решающих институтов политической жизни, выражающих ее глубинные связи, они не обладают и не могут обладать свойствами внешне обособленного, институционального, формально персонифицированного порядка, которые позволили бы им быть субъектами правовых отношений. Социальные общности выступают в сфере правовых отношений не непосредственно, а опосредовано – через персонифицированные социальные образования (государства, избирательный округ) и организации»⁵.

Мы поддерживаем мнение цитируемых теоретиков и считаем, что в сфере социального обслуживания социальные группы выступают в качестве участников соответствующих правоотношений опосредствовано, через такое социальное образование, как семья.

Например, согласно Порядку обеспечения инвалидов автомобилями от 19.07.2006 г. семьи, состоящие из двух и больше инвалидов, берутся на учет как семьи на основании общего заявления о желании получить один автомобиль из даты взятия на учет первого из них.

Пункт 1.2. Порядка осуществления социального сопровождения центрами социальных служб для семьи, детей и молодежи, очутившихся в сложных жизненных обстоятельствах от 25.04.2008 г., предусматривает, что социальное сопровождение осуществляется относительно: семей с детьми, очутившихся в сложных жизненных обстоятельствах и не в состоянии преодолеть их с помощью собственных средств и возможностей; в связи с инвалидностью родителей или детей; вынужденной миграцией; наркотической или алкогольной зависимостью одного или обоих из членов семьи; пребыванием в местах лишения свободы; ВИЧ-инфекцией, насилием в семье; семей, в которых существует риск передачи ребенка к заведениям для детей-сирот, и детей, лишенных родительской заботы и т.п.

Законодательно предусмотренная возможность создания двух видов социальных общежитий для лиц, нуждающихся в социальной защите, один из которых предназначен для проживания семей (жилищные помещения, которые состоят из одной или нескольких комнат, находятся в обособленном пользовании семьи)⁶.

Дополняя мнение О.И. Кульчицкой⁷, Б.И. Сташкова⁸ и других ученых, рассматривающих семью в качестве субъекта лишь социальных выплат (пенсионного обеспечения в случае потери кормильца, при предоставлении социальной помощи семьям с детьми или малообеспеченным семьям), утверждаем, что семья также является субъектом правоотношений социального обслуживания (предоставление услуг, предметов или других натуральных благ).

Следовательно, в Украине возможность получить право на социальное обслуживание имеют физические лица, на законных основаниях непрерывно проживающие на территории Украины, а также семья.

¹ Пилипенко П.Д., Бурак В.Я., Синчук С.М. Право социального обеспечения: Підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. 3-те вид., переробл. і доповн. К.: ІнЮре, 2010. С. 63; Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения: учебник. М.: Изд-во Юрайт; ИД Юрайт, 2010. С. 111–115. 582 с.

² Про громадянство: закон України від 18 січня 2001 року №2235-III / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. 2001р. №13. Ст. 65.

³ Про соціальні послуги: закон України; 19. 06. 2003 р. N 966-IV/ Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. 2003. №45. Ст. 358.

⁴ Губенко Р.Г. Советский народ – субъект конституционных правоотношений // Советское государство и право, 1980. №10. С. 414 – 415.

⁵ Алексеев С.С. Общая теория права: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. 576 с.

⁶ Про затвердження Типового положення про соціальний гуртожиток для осіб, які потребують соціального захисту : постанова; 30.05.2007 р. №783 / Кабінет Міністрів України // Офіційний вісник України. 2007. №41. Ст. 1620.

⁷ Кульчицька О.І. Суб'єкти соціального забезпечення України: дис. ... канд. юр. наук. Львів, 2006. 185 с.

⁸ Сташків Б.І. Теорія права соціального забезпечення: навч. посіб. // Київ: Знання, 2005. 405 с.

Л.С. Кириллова

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань

К ВОПРОСУ О СПОСОБАХ РЕАЛИЗАЦИИ ИНДИВИДУАЛЬНЫХ ТРУДОВЫХ ПРАВ И ОБЯЗАННОСТЕЙ

Для достижения субъектами правореализационной деятельности правовых целей, обозначенных в ст. 1 Трудового кодекса Российской Федерации, трудовое законодательство располагает системой специальных инструментов – трудовправовых средств. Указанные средства специфичны и неоднородны, что обусловлено сложностью предмета трудового права.

«Предмет трудового права – гетерогенный (разнородный, сложный по составу)»¹, и для каждой из групп общественных отношений законодатель избрал правовые средства, которые обеспечивают достижение поставленных правовых целей. При этом использование правовых средств сторонами трудового договора происходит в рамках обозначенного процедурными нормами порядка, т.е. в рамках трудовправовой процедуры.

Сочетание трудовправовых средств и трудовправовых процедур позволяет нам прийти к выводу о возможности выделения категории «правовой способ реализации трудовых прав и обязанностей».

Законодатель избрал несколько основных правовых способов реализации индивидуальных прав и обязанностей сторонами трудового договора.

Анализ ряда норм трудового права позволяет выделить способ правореализации, в котором проявляется «хозяйская власть» работодателя. Так, работодатель может расторгнуть трудовой договор с работником в одностороннем порядке до истечения срока испытания при неудовлетворительном его результате (ч. 1 ст. 71 ТК РФ); переместить работника на другое рабочее место либо в другое структурное подразделение в той же местности (ч. 3 ст. 72.1 ТК РФ); применить дисциплинарное взыскание (статьи 192, 193 ТК РФ) и т.д.

Работодатель реализует предоставленное ему законом право или же выполняет возложенную на него обязанность определять соответствующее поведение работника. В то же время работодатель обязан в некоторых случаях исполнять предписания закона относительно издания правоприменительных актов, которые служат необходимой стадией трудовправовых процедур. По этой причине указанный способ обозначен как правоприменительная деятельность работодателя.

Правоприменение может осуществляться в типичной и нетипичной ситуации². Нетипичная правоприменительная ситуация возникает, когда работодатель разрабатывает правоприменительный акт по своему усмотрению и в определенной им самой процедуре. Даже несмотря на то, что такая ситуация порой сознательно допускается законодателем, она не всегда целесообразна с точки зрения трудовправовых процедур и их документального оформления.

Выделяется также правоприменение, связанное «с правомерной деятельностью участников реализации права, возникновением позитивных субъективных прав и обязанностей»³, и правоприменение, связанное с реализацией санкций правовых норм, осуществлением мер правовой защиты и юридической ответственности.

В «позитивном» правоприменении возможно различать ситуации, когда правоприменительная деятельность работодателя является самостоятельной правореализацией и когда она является необходимой частью трудовправовых процедур, «констатирующей существование правового отношения»⁴. В

последнем случае правоприменительным актом оформляются итоги индивидуально-договорного способа реализации трудовых прав и обязанностей и способа саморегулирования.

В ст. 9 ТК РФ закреплена возможность урегулирования отношений между работником и работодателем в договорном порядке в рамках нормативного или индивидуального правового регулирования. Разновидностью последнего является индивидуальное договорное регулирование, цель которого – реализация индивидуальных трудовых прав и обязанностей путем достижения соглашения между работником и работодателем⁵.

Говоря об индивидуально-договорном способе, нужно учитывать как трудовой договор, так и множество иных опосредующих трудовые отношения договоров и соглашений.

Можно выделять правоизменяющий и правопретворяющий индивидуально-договорные способы реализации трудовых прав и обязанностей. Основанием выделения служит их роль в развитии и реализации трудового правоотношения. Индивидуальные договоры и соглашения как результат правоизменяющего способа являются юридическими фактами, влекущими за собой возникновение, изменение или прекращение трудового правоотношения (например, статьи 72, 78, 93 ТК РФ). Индивидуальные соглашения при правопретворяющем способе служат цели реализации права (как правило, использование) без изменения условий трудового договора (например, статьи 125, 128, 152, 153 ТК РФ).

Действующее трудовое законодательство закрепило и за работником возможность реализовывать некоторые свои права самостоятельно независимо от производственных условий при помощи таких правовых средств, как письменное заявление или одностороннее действие (например, статьи 80, 93, 128 ТК РФ).

Указанный способ правореализации характеризуется тем, что работник использует свои субъективные права в случаях, установленных законодательством, часто при наступлении определенных юридических фактов, только по своему усмотрению, самостоятельно устанавливая для себя иной правовой режим, и его правореализации корреспондируют соответствующие обязанности работодателя. Говорить о целенаправленном воздействии на трудовые правоотношения со стороны нормы права, предоставляющей работнику обозначенные возможности, можно будет, когда сам работник начнет ее реализовывать. Правовое регулирование в указанных случаях дойдет до стадии правореализации только при волеизъявлении работника, ввиду чего указанный способ можно обозначить как «саморегулирование»⁶.

Таким образом, основываясь на сочетании правовых средств и процедур по их использованию, мы можем вывести три основных способа реализации индивидуальных трудовых прав и обязанностей работниками и работодателем. Специфика же трудовых правоотношений не позволяют нам ограничиваться только обозначенными выше общими правовыми способами и требуют дальнейшего изучения указанного вопроса в рамках более глубокого исследования трудово-правовых процедур и применяемых при этом трудово-правовых средств.

¹ Киселев И.Я., Лушников А.М. Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда: учебник / под ред. М.В. Лушниковой. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Эксмо, 2008. С. 69.

² Лазарев В.В. Эффективность правоприменительных актов (вопросы теории). Издательство Казанского университета, 1975. С. 42–43.

³ Карташов, В.Н. Теория правовой системы общества: учебн. пособие: в 2 т. Ярославль: ЯрГУ, 2005. С. 292.

⁴ Там же. С. 74.

⁵ Безина А.К., Бикеев А.А., Сафина Д.А. Индивидуально-договорное регулирование труда рабочих и служащих. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1984.

⁶ Безина А.К. Работник как субъект российского трудового права: учеб. пособие. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2003. С. 26.

С.М. Кудрин, А.С. Кудрин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ИСТОРИЧЕСКОГО ОПЫТА ПРИ РЕФОРМИРОВАНИИ ТРУДОВОГО ПРАВА

На современном этапе развития государства и права особую роль и повышенный научно-практический интерес приобретает исторический период развития российского общества, связанный

с руководством страной И.В. Сталина и построением тоталитарного государства. В годы правления И.В. Сталина страна пережила переломные моменты своей истории, обусловленные индустриализацией и коллективизацией, политическими репрессиями, Великой Отечественной войной 1941–1945 гг. С его именем современники олицетворяют как грандиозные успехи в построении могущественного государства, определявшего судьбы мира и ход истории, так и появление жесткой централизованной системы, которая во имя достижения своих целей жертвовала жизнями миллионов людей.

В эпоху сталинизма государство усилило давление на работников, превращая их в «винтиков» в системе управления, слепых исполнителей воли правящей партии. Регулирование общественных отношений носило жесткий централизованный характер. В современных реалиях на смену диктатуры государства и партии пришли интересы частного бизнеса. В таких условиях проблема обеспечения гарантий трудовых прав приобретает особую значимость. Применение наемного труда в различных организационно-правовых формах создает опасность умаления прав и законных интересов работников. Жизнь показывает, что в погоне за прибылью работодатели вследствие низкой правовой и общей культуры зачастую пренебрегают нормами права, что приводит к грубейшим нарушениям трудового законодательства, порождает и усугубляет социальную напряженность в обществе. Для решения таких проблем полезно использовать исторический опыт нашей страны в исследуемый период.

Трудовое право в сталинский период выражало характер сталинского тоталитарного политического режима (в частности, отсутствие свободы труда, использование при регулировании трудовых отношений главным образом метода принуждения, административное управление процессами труда, создание условий, ограничивающих возможность защиты работниками трудовых прав, репрессивные способы поддержания трудовой дисциплины) и служило одним из средств выполнения и перевыполнения хозяйственных планов для решения государством главной задачи – повышения производительности труда с целью милитаризации экономики.

Вместе с тем следует учесть, что развитие трудового законодательства в период сталинизма не ограничивалось мерами сугубо репрессивного характера. Произошли и позитивные изменения в области правового регулирования трудовых отношений. Многие из принятых в то время актов усовершенствовались, обогатили советское трудовое законодательство, что способствовало появлению и развитию новых институтов трудового права. Часть из них в том или ином виде просуществовали до наших дней и составляют часть российской правовой системы. Некоторые из принятых в годы сталинизма актов сохраняют юридическую силу и сегодня, что создает определенные сложности для правоприменения и правопонимания.

В современных условиях одним из наиболее сложных является вопрос о повышении мобильности трудовых ресурсов. Речь идет о необходимости перемещения работников и безработных граждан на новые рабочие места, замещения вакансий в иных отраслях хозяйства, а также перераспределения ресурсов из трудоизбыточных регионов РФ в трудонедостаточные. Проблемным является то, что государство фактически не уделяет внимания способам обеспечения мобильности трудящихся. «Так за 1989–2005 годы число переселений внутри страны сократилось более чем вдвое: с 4, 7 млн. человек до чуть более 1,9 млн. человек в год. В настоящее время масштабы внутренней миграции продолжают оставаться весьма незначительными: в год на переселение решается около 1,3 процента россиян. Для сравнения: в США этот показатель равен 15 процентам»¹. В России «не используются и механизмы по управлению внутренней миграцией, отработанные нашими предшественниками, как организованный набор, сельскохозяйственное переселение, экономические льготы и стимулы»². В период сталинизма распределение высококвалифицированных работников осуществлялось принудительным способом без учета их мнения под страхом юридической ответственности. Полагаем, что демократическое государство должно создать условия для обеспечения трудовой мобильности граждан внутри страны, прежде всего в целях развития регионов Сибири и Дальнего Востока и устранения диспропорции на рынке труда.

Статья 7 Конституции Российской Федерации закрепляет, что «Российская Федерация – социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека»³. Именно это направление государственной политики в сфере труда должно являться приоритетным. Прежде всего, это касается заработной платы работников. При тоталитарной системе условия труда и его оплаты устанавливались «сверху» в уравнительном порядке без участия самих работников. С.С. Худякова подчеркивает, что «в странах с развитой рыночной экономикой большая часть вновь созданной стоимости (национального дохода) становится собственностью работника. Этот показатель составляет 75–80% новой стоимости в национальном доходе»⁴. «Сейчас в России удельный вес минимальной заработной платы составляет 22% (в СССР – 27%)»⁵.

В связи с этим целесообразным представляется закрепление на законодательном уровне распределительных механизмов и гарантий, обеспечивающих право работников на денежную долю в результатах собственного труда в целях повышения жизненного уровня населения и развития человеческого потенциала.

В современной России важным представляется возрождение специализированных судов по разрешению индивидуальных трудовых споров. Советское законодательство в годы нэп предусмотрело создание «особых трудовых сессий народных судов» в таких целях. Однако тоталитарный политический режим И.В. Сталина свернул эти начинания. Специальные суды по трудовым делам в современных условиях позволили бы «разгрузить» суды общей юрисдикции, повысить эффективность и качество рассмотрения индивидуальных трудовых споров, гарантировать судебную защиту прав и законных интересов работников и работодателей.

Исторический опыт и современное состояние обеспечения защиты прав и законных интересов работников признает необходимым наделение правом законодательной (нормотворческой) инициативы объединений профсоюзов на муниципальном, региональном и федеральном уровнях. Своеобразной формой такого участия также может выступать закрепление в трудовом законодательстве обязанности учета мнения объединений профсоюзов при подготовке и принятии органами государственной власти и местного самоуправления правовых актов по вопросам организации и применения труда.

Только с учетом уроков прошлого возможно развитие трудового законодательства в направлении создания необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов работников, работодателей и государства, где человек, его права и свободы станут поистине высшей ценностью.

¹ Волох В. А. Время собирать камни // Земляки. 2010. №9. С. 10.

² Там же.

³ Конституция Российской Федерации 1993 г.: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (ред. от 30.12.2008) // Собрание законодательства РФ. 26.01.2009. №4, ст. 445.

⁴ Худякова С. С. К вопросу о праве работников на справедливую заработную плату // Пермский конгресс ученых-юристов: тез. докл. междунар. науч.-практ. конф. Пермь. 2010. С. 496.

⁵ Там же. С. 497.

О.В. Лавриненко

Донецкий юридический институт Министерства внутренних дел Украины, г. Донецк

СИСТЕМА ОТРАСЛЕВЫХ ПРИНЦИПОВ ТРУДОВОГО ПРАВА И ПРОБЛЕМА СТАТУСНОЙ КВАЛИФИКАЦИИ ФЕНОМЕНА ЕДИНСТВА И ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Феномен единства и дифференциации правового регулирования трудовых отношений стал разрабатываться фактически с момента формирования трудового права в качестве самостоятельной отрасли¹, а также посредством указания на единство трудового права был отнесен под первым номером к системе отраслевых принципов трудового права патриархом советского трудового права И.С. Войтинским в 30-е гг. прошлого века². Затем в 80-х гг. такой подход был поддержан и получил дальнейшее, вполне логичное, развитие на уровне докторской диссертации о принципах трудового права и соответствующей монографии О.В. Смирнова³ и сегодня уже стал традиционной и неотъемлемой частью как самого «тела», так и системы основных критериев, детерминирующих автономию отрасли трудового права⁴.

В современной доктрине, например, П.Д. Пыльпенко рассматривает данный принцип как «один из наиболее старых принципов трудового права»⁵; о «принципе единства и дифференциации»⁶, а также механизме, сферах и средствах его реализации размышляет и В.С. Венедиктов⁷. Целесообразность законодательного закрепления принципа единства и дифференциации правового регулирования труда в новом Трудовом кодексе Украины обосновывается в литературе⁸. Принимая изложенное во внимание, а также отдавая должное оригинальности и новизне авторского подхода, не считаем убедительной позицию российского исследователя Д.Ю. Гладких в части отрицания наличия отраслевого статуса у принципа единства и дифференциации правового регулирования трудовых отношений: «...для каждой отрасли права единство и дифференциация и их сочетание имеют свои особенно-

сти... Неверно было бы считать единство и дифференциацию принципом и потому, что в подобной ситуации остальные принципы следовало бы применять с учетом данного. Таким образом, появляется «главный» принцип, стоящий над «остальными». Такое положение дел... вступает в противоречие с существующей системой правовых принципов: между межотраслевыми и отраслевыми принципами появляется еще одно звено. Принципы, проявляясь в регулировании тех или иных отношений, соблюдаются с учетом других принципов, применяемых к конкретной ситуации. Учитывая... предложение выделить принципы в отдельный институт Общей части российского трудового права, предлагаю определить единство и дифференциацию как качество (свойство) отрасли трудового права и вместе с тем, учитывая структурную роль принципов, — самих принципов трудового права. Специфичность единства и дифференциация трудового права заключается в множественности оснований и в многообразии форм проявления. Сами принципы трудового права, будучи едиными, в то же время по-разному проявляются применительно к различным ситуациям»⁹.

На наш взгляд, реализация системы отраслевых принципов трудового права, в том числе и принципа сочетания единства и дифференциации правового регулирования трудовых отношений, объективно предполагает системное взаимодействие, принятие во внимание существующих форм и направлений, сфер и механизмов реализации отдельных трудово-правовых принципов, но это, полагаем, не означает, что существует некая иерархия отраслевых принципов, на вершине которой стоит принцип единства и дифференциации правового регулирования условий труда. Корреляция, координация в такой системе принципов, безусловно, имеются, но не субординация, как о том, непонятно на основании чего, пишет Д.Ю. Гладких. Более того, на наш взгляд, экспликации указанного автора являются противоречивыми, поскольку изначально им отрицается доминирующая роль принципа единства и дифференциации правового регулирования относительно других отраслевых принципов, а, в конце концов, автор обосновывает именно то, что отрицал, поскольку предлагает «...выделить принципы в отдельный институт Общей части... трудового права, ...определить единство и дифференциацию как качество (свойство) как отрасли трудового права и, вместе с тем, учитывая структурную роль принципов, — самих принципов трудового права». Выходит, что указанное «качество (свойство)» отрасли трудового права по сути и приобретает статус некоего «метапринципа», некоего принципа, стоящего над принципами, который универсально детерминирует «основания и многообразие форм проявления» всех остальных отраслевых трудово-правовых принципов!?. Такой методологический подход к статусной квалификации феномена единства и дифференциации правового регулирования в структуре системы отраслевых принципов трудового права представляется несостоятельным и по другим основаниям¹⁰.

¹ Рабинович–Захарин С.Л. Единство и дифференциация советского трудового права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. М., 1947.

² Войтинский И.С. Трудовое право СССР. М.;Л., 1925. С. 62–200; Лушикова М.В., Лушиков А.М. Очерки теории трудового права: монография. СПб., 2006. С. 412–414.

³ Смирнов О.В. Основные принципы советского трудового права: монография. М., 1977. С. 114–120.

⁴ Лавриненко О.В. Исследование проблемы единства и дифференциация правового регулирования трудовых отношений (в контексте анализа специального законодательства о службе в органах внутренних дел Украины) // Современный научный вестник / гл. ред. Н.Х. Корецкий. Белгород: Руснаучкнига, 2008. №11. С. 73–99; Он же. Механизм правового регулирования служебно–трудовых отношений работников органов внутренних дел: актуальные вопросы терминологии и методологии применения общих и специальных норм трудового права // Российский ежегодник трудового права. 2007. №3. С. 371, 395; Он же. Місце принципу єдності й диференціації правового регулювання соціально–трудових відносин в структурі загальної системи права, його роль в процесах систематизації галузевих принципів та проблемні аспекти характеристики його співвідношення з методом трудового права // Форум права. 2010. №2. С. 213–248; Он же. Принцип єдності й диференціації правового регулювання соціально–трудових відносин у системі галузевих принципів трудового права України: монографія. Донецьк, 2010.

⁵ Пилипенко П.Д. Проблемы теории трудового права: монография. Львів, 1999. С. 66.

⁶ Венедиктов В.С. Трудовое право Украины (Общая часть). Симферополь, 2004. С. 24.

⁷ Венедиктов В.С. Юридична відповідальність працівників ОВС України: монографія. Харків, 2003. С. 73–74, 80.

⁸ Лаврів О.Я. Основні засади правового регулювання трудових відносин за новим Трудовим кодексом України // Кодифікація трудового законодавства України: монографія / за ред. Н.М. Хуторян, М.І. Іншина, С.М. Прилипка та О.М. Ярошенка. Харків, 2009. С. 17, 47; Хуторян Н.М. Передмова // Кодифікація трудового законодавства України: монографія / за ред. Н.М. Хуторян, М.І. Іншина, С.М. Прилипка та О.М. Ярошенка. Харків, 2009. С. 8–9. Лавриненко О.В. Службово–трудові відносини працівників ОВС як органічна складова предмету сучасного трудового права (у контексті аналізу положень проекту нового Трудового кодексу України) // Акту-

альні проблеми розвитку законодавства про працю та соціальне забезпечення: мат-ли Міжн. наук.-практ. конф., (м. Харків, 22–23 квітня 2009 р.). Харків, 2009. С. 157–160.

⁹ Гладких Д.Ю. Воздействие принципов трудового права на правовое регулирование служебно-трудовых отношений в органах внутренних дел: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Пермь, 2002. С. 117–118.

¹⁰ Лавриненко О.В. Единство и дифференциация правового регулирования трудовых отношений как отраслевой принцип и метод трудового права: доктринальный аспект // Известия Гомельского государственного университета имени Ф. Скорины. 2011. №3. С. 118; *Он же*. Сочетание единства и дифференциации правового регулирования: свойство отрасли, черта метода и(или) принцип трудового права? // Veda a technologie: krok do budoucnosti 2011 : mat-ly VII Mezinärod. vedeck.-prakt. konf., (Praha, 27.02.2011–05.03.2011 r.). Praha : Education and Science, 2011. D.8; Лавриненко О.В. Дифференциация правового регулирования как особое свойство системы и средство реализации принципов трудового права: теоретические аспекты // Вестник Академии МВД Республики Беларусь. 2011. №1.

Н.Б. Нискогуз

Львовский национальный университет им. Ивана Франко, г. Львов

СОДЕРЖАНИЯ ПРАВООТНОШЕНИЙ ПЕНСИОННОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПО ВОЗРАСТУ

Любые правоотношения являются разновидностью фактических общественных отношений, урегулированных нормами соответствующей отрасли права.

В правоотношениях различают их фактическое и юридическое содержание. Фактическое содержание правоотношений – это реально осуществляемые участниками правоотношений действия, направленные на реализацию их субъективных прав и юридических обязанностей. Юридическое содержание правоотношения – это зафиксированные в нормах права субъективные права и юридические обязанности их участников¹.

Юридический и фактический содержание – понятия не тождественные. Юридическое содержание правоотношений определяет то, как правоотношения должны происходить, а фактическое – показывает, как они произошли в реальной действительности². Например, Законом Украины «Об общеобязательном государственном пенсионном страховании» за счет средств Пенсионного фонда в солидарной системе назначаются такие пенсионные выплаты: пенсия по возрасту, пенсия по инвалидности вследствие общего заболевания, пенсия по случаю потери кормильца. То есть у соответствующего субъекта права является спектр правомочий, составляющих содержание его субъективного права (юридическое содержание). Понятно, что фактически субъект права не вступить в правоотношения по поводу обеспечения всеми перечисленными видами пенсий одновременно. А потому фактически реализует только один из вариантов своего субъективного юридического права (фактическое содержание). Вместе с тем, законодатель предусмотрел механизм правового регулирования в случае одновременного возникновения права на различные виды пенсии: назначается только одна из этих пенсии по выбору субъекта. Таким образом, опять идет речь о юридическом содержании правоотношений путем установление границ субъективного юридического права.

Субъективные права вместе с корреспондирующими им юридическими обязанностями, в частности, в сфере пенсионного обеспечения по возрасту составляют основу юридического содержания одноименных правоотношений в этой сфере, а реальные действия, поступки или бездействие субъектов указанных правоотношений при реализации ими прав и соблюдении возложенных на них обязанностей являются компонентами фактического содержания правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту. Отметим, что под последними мы понимаем урегулированы нормами права социального обеспечения постоянные и длительные волевые социальные связи, возникающие между их участниками при реализации ими своих прав и обязанностей в сфере пенсионного обеспечения по возрасту в соответствии с законодательством или на условиях, предусмотренных договором, заключающиеся в персонифицированном предоставлении материального обеспечения в виде денежных средств путем перераспределения определенных средств Государственного бюджета или Пенсионного, Накопительного или негосударственных пенсионных фондов.

В основе правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту лежит субъективное юридическое право человека на пенсию по возрасту. Такое право может быть реализовано в правоотношениях пенсионного обеспечения по возрасту через:

– солидарную пенсионную систему. Лица, достигшие возраста 60 лет и при наличии страхового стажа не менее 15 лет, а также которые уплачивали страховые взносы в Пенсионный фонд Украины на обязательных или добровольных началах (путем заключения договора о добровольном участии в общеобязательному государственному пенсионному страхованию) будут иметь право на назначение страховой пенсии по возрасту. Кроме того, через эту пенсионную систему реализуется право на льготное пенсионное обеспечение по возрасту, что предусмотрено Законом «О пенсионном обеспечении» (статьи 13–17)³, «О статусе и социальной защите граждан, пострадавших вследствие Чернобыльской катастрофы»⁴ и другими законодательными актами;

– накопительную пенсионную систему, введение которой предусмотрено Законом Украины «О мерах по законодательному обеспечению реформирования пенсионной системы»⁵. Лица, которые платили взносы / за которых платили взносы в накопительную систему пенсионного страхования, имеют право на пенсионное обеспечение по возрасту в этой системе в виде пожизненной обусловленной пенсии;

– систему негосударственного пенсионного обеспечения, которая базируется на добровольном участии физических и юридических лиц в формировании пенсионных накоплений путем заключения пенсионных контрактов, договоров страхования пожизненной пенсии или договоров об открытии пенсионных депозитных счетов для накопления пенсионных сбережений, участники такой системы смогут реализовать субъективное право на получение дополнительных к общеобязательного государственного пенсионного страхования пенсионных выплат – пожизненной пенсии (пожизненного аннуитета).

Суммируя по каждой из пенсионных систем, субъективное юридическое право на соответствующее пенсионное обеспечение по возрасту характеризуется следующими чертами: 1) представляет собой гарантированную государством возможность лица, достигшего пенсионного возраста и которое уплачивало или за которого платили взносы в соответствующей пенсионной системе, участником которой является на обязательных или добровольных началах, получать за счет конкретного фонда пенсионные выплаты для обеспечения жизненных потребностей на уровне не ниже прожиточного минимума; 2) является активным (по способу совершения), а также индивидуальным (по субъектному составу); 3) включает следующие правомочия: требовать соответствующих действий органов или учреждений, осуществляющих пенсионное обеспечение (Пенсионного, Накопительного или негосударственных пенсионных фондов), например, требовать назначения пенсии определенного размера, проведения перерасчета размера пенсии, переводе с одного вида пенсии на другой и т.д.; самостоятельно совершать действия по реализации этого права; обращаться за защитой к государству в случае его нарушения.

Указанными правомочиями соответствует юридическая обязанность соответствующего органа пенсионного обеспечения по возрасту назначить и осуществить предоставление пенсии по возрасту. Структуру субъективной юридической обязанности в сфере пенсионного обеспечения по возрасту составляют два элемента: осуществление уполномоченным органом определенных действий или воздержанию от них и своевременное реагирование на законные требования правомочного лица.

Субъективное право и юридическая обязанность – это то, что разрешено, или то, что следует делать. Однако они приводятся в действие через фактическое поведение участников правоотношений⁶. Только в результате конкретных действий (подача заявления, принятие решения) и возникают правоотношения пенсионного обеспечения по возрасту.

Учитывая вышесказанное, подытоживаем, что содержание правоотношения пенсионного обеспечения по возрасту, на наш взгляд, нужно рассматривать как совокупность конкретных субъективных юридических прав и обязанностей (юридическое содержание) и реальных действий (фактическое содержание) субъектов правоотношений в сфере пенсионного обеспечения по возрасту.

¹ Андрусак Т.Г. Теорія держави і права: навч. посібник. - Львів: Фонд «Право для України», 1997. С. 169.

² Кириченко В. М., Куракин О. М. Теорія держави і права: модульний курс: Навч. посіб. – К.: Центр учбової літератури, 2010. С. 223.

³ Закон України «Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи» від 8 липня 2011 року // ВВР. 2012. №12–13, ст. 82.

⁴ Закон України «Про статус і соціальний захист громадян, що постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» від 28 лютого 1991 року // ВВР. 1991. №16, ст. 200.

⁵ Закон України «Про пенсійне забезпечення» // ВВР. 1992. №3, ст. 10.

⁶ Сташків Б.І. Теорія права соціального забезпечення: навч. посіб. К., 2005. 8. С. 284.

ВЫСШЕЕ ОБРАЗОВАНИЕ ЛИЦ С ОГРАНИЧЕННЫМИ ВОЗМОЖНОСТЯМИ ЗДОРОВЬЯ – РАСШИРЕНИЕ ВОЗМОЖНОСТИ ТРУДОУСТРОЙСТВА НА ОТКРЫТОМ РЫНКЕ ТРУДА

Проблема занятости инвалидов на сегодняшний день актуальна так, как, наверное, не была актуальна давно. Та система трудоустройства, которая функционировала в течение более полувека, сейчас несколько изменилась и не в лучшую сторону. Поэтому инвалиды вынуждены искать новые формы трудоустройства. Высшее образование – один из механизмов, позволяющий им приобрести профессию, дающую им возможность трудоустроиться на открытом рынке труда.

Снижение качества подготовки студентов-инвалидов отмечают многие специалисты, занимающиеся вопросами доступности образования лиц с ограниченными возможностями здоровья.

По состоянию на 1 августа 2009 г. в Республике Беларусь на учёте в органах по труду, занятости и социальной защите населения состояли 505 тыс. инвалидов. Ту или иную форму инвалидности имеют 5,2% жителей Беларуси. Около 45 тыс. чел. признаются инвалидами впервые¹.

С провозглашением независимости Беларуси впервые целью государственной политики объявляется не помощь инвалиду, а «обеспечение инвалидам равных с другими гражданами возможностей в реализации гражданских, экономических, политических и других прав и свобод»². Разработка и принятие указанного закона запустили в действие новые схемы решения проблем инвалидности, были созданы соответствующие структуры при министерствах и ведомствах, запущены новые механизмы установления инвалидности и реабилитации. Несмотря на все эти усилия, состояния прав людей с инвалидностью далеки до полной реализации, особенно в том, что касается их полноценного участия в социальной жизни общества в целом.

Общественное мнение в отношении инвалидов меняется медленно, общественное признание инвалидности воспринимается по-прежнему с точки зрения медицинского диагноза.

Как независимое государство Беларусь присоединилась к принятым 20 декабря 1993 г. на 48-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН Стандартным правилам обеспечения равных возможностей для инвалидов, в которых провозглашается принцип равных возможностей в области начального, среднего и высшего образования для детей, молодежи и взрослых, имеющих инвалидность.

В целях социальной защиты Правилами приема в высшие учебные заведения, утвержденными Указом Президента Республики Беларусь 07.02.2006 г. № 80, лицам с ограниченными возможностями предусмотрен ряд льгот. Несмотря на существующее законодательство, гарантирующее льготы для абитуриентов с инвалидностью, целый ряд факторов делает поступление инвалидов в вуз проблематичным. Большинство вузов не обеспечены даже минимальными условиями, необходимыми для обучения в них инвалидов. Эти условия касаются архитектуры зданий и аудиторий, дверных проемов и лестниц, мебели и оборудования, обустроенности столовых, библиотек и туалетов, отсутствия комнат отдыха и стульев в коридорах, медицинских кабинетов, необходимых для повседневных нужд некоторых студентов-инвалидов. Учреждения высшего образования не имеют возможностей реконструировать свои помещения по принципам универсального дизайна из собственных бюджетных средств. Внебюджетные средства расходуются на базовые нужды вузов, при этом особые потребности инвалидов при ремонте и реконструкции помещений не учитываются. Недостаток финансирования является большим вопросом для многих вузов, особенно в том случае, когда этот вуз не является бенефициаром целевых республиканских программ, не получает средства из бюджета.

Со всей очевидностью заметно, что политика высшего образования инвалидов ориентируется на инвалидов как на социальное меньшинство, оставляя за государством и учебными заведениями, а не за самими абитуриентами, право выбора образовательной программы и места обучения. Высшее образование инвалидов развивается сегодня вопреки существующему негативному социальному отношению, которое выражается в бездействии, явном или неявном противодействии со стороны общества и, в частности, скрытых дискриминирующих практиках.

О трудоустройстве инвалидов сегодня говорится достаточно много, но если в прежние годы считалось, что достаточно быть хорошо подготовленным специалистом, то сейчас без грамотно организованного рабочего места далеко не всегда можно решить вопрос трудоустройства такого специа-

листа. Поэтому надо серьезно проработать, каким образом, где и кто будет организовывать рабочее место для инвалида и сколько это будет стоить.

В Беларуси планируется пересматривать перечни профессий, доступных инвалидам. Это, в свою очередь, также вызывает определенную тревогу и опасения. Все списки, прежде всего, должны носить рекомендательный характер. Но, к сожалению, в службе занятости, для нанимателя и в других структурах рекомендательные списки трактуются как обязательные. Это вещи очень опасные, потому что на современном рынке труда существует сейчас один перечень профессий, а через несколько лет – он другой, так как изменения рынка труда достаточно динамичны. Если конкретная профессия не включена в перечень, то это не должно быть запретом для трудоустройства инвалида по выбранной профессии.

Очевидно, что право инвалида на независимую жизнь может быть реализовано благодаря возможности для инвалида самому определять и выбирать, принимать решения и управлять жизненными ситуациями. Однако пока оно еще находится в стадии формирования, воплощение которой зависит во многом в этом плане от реализации политики высшего профессионального образования инвалидов.

¹ Отчет по реализации совместного проекта ПРООН и Правительства Республики Беларусь «Содействие Республике Беларусь в присоединении к Конвенции о правах инвалидов и её осуществлению». НИИ труда Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь. 2010. с. 4

² О социальной защите инвалидов в Республике Беларусь: закон Республики Беларусь от 11 ноября 1991 г., с изм. и доп. на 17 июля 2009 г. №48-З

А.Г. Папулов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРЕКРАЩЕНИЕ ИЛИ ПРИОСТАНОВЛЕНИЕ ДОГОВОРА ПО ОБСТОЯТЕЛЬСТВАМ, НЕЗАВИСЯЩИМ ОТ ВОЛИ СТОРОН

В течение индивидуальных трудовых отношений иногда вне зависимости от воли сторон возникают сложные для своего разрешения вопросы, обусловленные возникновением обстоятельств, препятствующих продолжению указанных отношений. Согласно ст. 83 Трудового кодекса РФ (далее – ТК РФ) при возникновении таких обстоятельств предписывается прекращение трудовых отношений. Указанные в ст. 83 ТК РФ основания прекращения трудового договора являются достаточно специфичными. Главным проявлением их специфичности выступает тот факт, что все они в базовой причинно-следственной связи возникают вне зависимости от воли сторон. Но есть и иные особенности.

Анализируя основания прекращения трудового договора по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон, с точки зрения времени их воздействия и влияния на индивидуальные трудовые отношения, можно сделать вывод о том, что по прошествии определенного, как правило, относительно не большого промежутка времени, они теряют свое свойство препятствовать продолжению названных отношений. Таким образом, возникает вопрос о своего рода «реабилитации» ранее существовавших индивидуальных трудовых отношений. Такая «реабилитация», по идее, возможна в виде заключения с работником нового трудового договора или восстановления работника на той же работе с использованием изменения трудового договора. Но данные варианты видятся довольно сложными.

Как думается, более простым решением указанной проблемы может послужить законодательно закреплённая возможность приостановления трудового договора в связи с возникновением обстоятельств, не зависящих от воли сторон и при этом препятствующих нормальному течению индивидуальных трудовых отношений. Аргументируя целесообразность и даже необходимость этого, следует признать, что предлагаемое решение способствовало бы развитию свободы труда, укреплению стабильности индивидуальных трудовых отношений и их законности.

Вообще, идея расширения возможностей для приостановления трудового договора не является новой. Процедура приостановления трудового договора введена ТК РФ при регулировании перевода спортсмена к другому работодателю (ст. 384.4 ТК РФ). Также процедура предусмотрена Федеральным законом от 27.07.2004 г. №79-ФЗ «О государственной гражданской службе». О приостановлении трудового договора или о приостановлении действия трудового договора пишут многие авторы¹. При этом отмечается, что использование категории «приостановление» применительно к трудовому дого-

вору не совсем соответствует ее сущности и отличается спецификой. Так, российский законодатель в ст. 384.4 ТК РФ говорит о приостановлении трудового договора при временном переводе работника к другому работодателю. В данном случае в целом трудовой договор не приостанавливается. Речь идет о возобновлении прежних трудовых отношений по истечении срока временного перевода.

Указанное свидетельствует о том, что российское трудовое законодательство остро нуждается в легальном определении термина «приостановление трудового договора». Такое определение должно учитывать трудовую специфику приостановления. На мой взгляд, под приостановлением трудового договора следует понимать временное приостановление исполнения работником обусловленной данным трудовым договором трудовой функции, сопряженное с приостановлением действия некоторых прав и обязанностей работника и работодателя в зависимости от основания конкретного случая приостановления.

Предложенное определение обуславливается тем, что ключевым моментом приостановления трудового договора является приостановление исполнения данной трудовой функции работником. Приостановление иных прав и обязанностей работника и работодателя должно определяться ситуационно в зависимости от вида приостановления трудового договора.

Как представляется, в ТК РФ должна быть зафиксирована отчетливая возможность разных приостановлений трудового договора, включая случай с особым соглашением сторон трудового договора о том, что при наличии обстоятельств, препятствующих нормальному осуществлению имеющихся индивидуальных трудовых отношений, трудовой договор временно приостанавливается, например путем предоставления работнику отпуска без сохранения заработной платы согласно ст. 128 ТК РФ. При этом продолжительность отпуска определяется соглашением сторон. В частности, такое видится целесообразным применительно к пунктам 1, 2, 7, 8, 9, 10 ст. 83 ТК РФ.

Документальное оформление предлагаемого варианта приостановления трудового договора заключается в следующем. Во-первых, работник и работодатель при возникновении вне зависимости от воли сторон обстоятельств, препятствующих продолжению индивидуальных трудовых отношений, заключают письменное соглашение о приостановлении трудового договора, в котором оговаривают период приостановления работником трудовой функции, а также иные условия относительно приостановления осуществления работником и работодателем других прав и обязанностей. Во-вторых, работодатель издает приказ (распоряжение) об указанном отпуске. В этом соглашении оговаривается продолжительность отпуска без сохранения заработной платы. Данный срок не должен быть дольше существования обстоятельств, препятствующих продолжению трудовых отношений. В случае, если при возникших вне зависимости от воли сторон обстоятельствах, препятствующих продолжению индивидуальных трудовых отношений, работник и работодатель в течение трех месяцев не заключили такого соглашения, трудовой договор прекращается.

¹ См., например: Бугров Л.Ю. Приостановление трудового договора // Российский юридический журнал. 2009. №1; Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права: в 2 т. Т. 2. М., 2009; Драчук М.А. Приостановление действия трудового договора (в соответствии с правилами о времени отдыха и дисциплине труда) // Вестник Перм. ун-та. Юридические науки. 2010. Вып. 1(7).

О.А. Самарина

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

СОСТОЯНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О СОЦИАЛЬНОМ ОБЕСПЕЧЕНИИ СУБЪЕКТОВ РФ: ОБЩИЙ АНАЛИЗ

1. Законодательство субъектов РФ о социальном обеспечении является составной частью правовой системы РФ и действует в системной взаимосвязи с федеральным законодательством. В настоящее время можно говорить о новом этапе развития регионального нормотворчества в сфере социального обеспечения. Этот этап характеризуется расширением зоны ответственности региональных властей в сфере социальной политики, увеличением доли расходов субъектов РФ на реализацию принципа социального государства, сочетанием обязанности субъектов РФ осуществлять в соответствии с федеральными требованиями обязательства, возложенные на субъекты РФ федеральным законодателем и относительной самостоятельности субъектов РФ в установлении дополнительных обязательств в сфере социального обеспечения, значительным ростом количества нормативных право-

вых актов субъектов РФ в сфере социального обеспечения, содержательной неоднородностью регионального законодательства о социальном обеспечении.

2. Толчком к развитию в субъектах РФ законодательства о социальном обеспечении послужило принятие ФЗ №122-ФЗ от 22 августа 2004 г., который существенно расширил компетенцию субъектов РФ в данной сфере, поскольку им были переданы полномочия по самостоятельному правовому регулированию целого ряда общественных отношений по социальному обеспечению, которые прежде регулировались федеральным законодательством. Это повлекло за собой необходимость приведения регионального законодательства о социальном обеспечении в соответствие с новым федеральным правовым регулированием. Законодательство о социальном обеспечении в субъектах РФ представлено большим количеством разных видов нормативных правовых актов.

3. Неравномерность экономического положения субъектов РФ вкуче с иными факторами приводит к законодательному установлению различных условий социального обеспечения для граждан в разных субъектах РФ. Законом №122-ФЗ большая часть расходных обязательств по наиболее значимым видам социальной поддержки была передана на региональный уровень. В то же время, при текущем уровне дифференциации финансовых возможностей субъектов РФ без получения дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности более 15% регионов не могут осуществлять финансирование в полном объеме даже своих первоочередных расходов, таких как оплата труда и социальное обеспечение, за счет поступающих в их бюджеты доходов. В субъектах РФ показатели объемов валового регионального продукта на душу населения в 2006 г. различались в 78 раз, а разрыв объемов инвестиций в основной капитал на душу населения увеличился с 30 раз в 2000 г. до 235 раз в 2006 г., и эта ситуация продолжает усугубляться. Значительная часть закрепленных за субъектами РФ полномочий в социальной сфере не реализуется в достаточной мере, поскольку за субъектами оказался закреплен слишком большой объем расходных обязательств, не обеспеченных соответствующим финансированием.

4. Перераспределение полномочий и разграничение компетенции в условиях нестабильного экономического положения большинства субъектов РФ существенно снижает гарантированность конституционного права на социальное обеспечение, отражает общую тенденцию снижения роли государства в регулировании данных отношений, и вместо выравнивания социального положения граждан – как реализации основной идеи права социального обеспечения – может привести к усугублению бедности и неравенства населения, росту социальной напряженности. Это подтверждает, в частности, анализ практики установления минимальных социальных стандартов субъектами РФ: они устанавливаются, не исходя из международных нормативов, и даже не исходя из объективных критериев социально-экономического состояния региона, а исходя из планируемых доходов соответствующего бюджета.

5. Реализация права граждан на социальное обеспечение существенным образом зависит от качества законодательства и правоприменительной практики не только на федеральном уровне, но и на уровне субъектов РФ, причем роль субъектов РФ в этой сфере существенно возросла. Отсутствие у законодателя целостной, комплексной, научно выверенной, экономически обоснованной, соответствующей международным стандартам, учитывающей национальные особенности, исторический опыт развития материального обеспечения в России, концепции построения социальной защиты человека, отсутствие системного подхода к формированию законодательства, нечеткое разграничение компетенции, нестабильность федерального законодательства, отсутствие базовых социальных стандартов, нечеткость терминологии, законодательные коллизии – все это отнюдь не способствует качественному, эффективному правовому регулированию в субъектах РФ. Недостатки на федеральном уровне неизбежно негативным образом сказываются на состоянии законодательства на региональном уровне.

6. Качество нормативных правовых актов в субъектах РФ вызывает обоснованные нарекания со стороны ученых. В частности, имеют место такие недостатки, как слабая аналитическая и прогностическая оценка последствий принимаемых нормативных актов, бессистемность в их разработке, дублирование норм федерального законодательства вместо его конкретизации, нестабильность законодательства, нечеткость формулировок, возникновение коллизий в законодательстве субъектов РФ, несоответствие положений законодательства Конституции РФ, федеральным нормативным правовым актам, конституциям (уставам) субъектов РФ, что в итоге приводит к умалению прав граждан на социальное обеспечение. В настоящее время следует констатировать невысокое качество законодательства о социальном обеспечении в субъектах РФ.

7. Эффективным средством совершенствования регионального законодательства является конституционное правосудие, которое способствует более полной и последовательной реализации кон-

ституционно-правовых гарантий в области права социального обеспечения. Конституционные суды в результате своей деятельности оказывают значительное положительное воздействие на законодательство субъектов РФ о социальном обеспечении, способствуют обеспечению соответствия законодательства о социальном обеспечении нормам международного права, Конституции РФ, федерального законодательства, конституций (уставов) субъектов РФ, формированию единого социального пространства.

С.А. Соболев

Удмуртский государственный университет, г. Ижевск

ВИДЫ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА В РОССИИ: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОЕ РАЗВИТИЕ

Исследования трудового договора и различных его видов привлекало внимание ученых дореволюционного, советского и современного периодов. Так сложилось, что до 1917 г. трудовой договор в России назывался договором личного найма и содержал содержание учебно-научных работ специалистов горного, полицейского или административного, гражданского, рабочего или промышленного права. Принятие в первой половине XIX в. Свода законов Российской империи и последующее развитие отраслевых наук предопределило повышенное внимание к договорам в сфере труда, прежде всего, со стороны специалистов по гражданскому праву. Поэтому наиболее фундаментальные теоретические работы по вопросам формирования договора личного найма, характеристике сторон, содержания и их классификации, а также по многим другим аспектам составляло предмет исследований ученых-цивилистов. В частности, уже во второй половине XIX в. в учебнике по гражданскому праву К.П. Победоносцева можно найти общий анализ таких видов договоров личного найма. С точки зрения истории, по мнению ученого, это была жилая запись и кабальная запись, которые «вели обыкновенно к установлению холопства»¹ и соотносятся автором с XVII и отчасти с XVIII вв. Несомненный интерес представляют особенности договоров в сфере труда при: 1) ремесленном найме, 2) отдаче в ремесленное обучение; 3) ремесленной работе по заказу; 4) договоре найма купеческих приказчиков и лавочных сидельцев, 5) найме сельских рабочих и служителей, 6) найме фабричных рабочих, 7) найме судорабочих на внутренние воды и т.д.²

К сожалению, современные трудовые учебно-научные издания оставляют без внимания труды таких авторов, как А.М. Гуляева, Р. Дистерло, С.В. Пахмана, что значительно обедняет понимание не только истории договора личного найма, но и проблем современного развития видов трудового договора. Традиционно первые научные исследования, посвященные трудовому договору и трудовому отношению, связывают с таким ученым, как Л.С. Таль³. Хотя Л.С. Таль в своих трудах ссылается на отдельных из вышеперечисленных авторов.

Трудовой договор выступает важнейшим институтом современного трудового права и наиболее эффективным правовым средством, позволяющий как работнику, так и работодателю конкретизировать, дополнять общие положения трудового законодательства. Повышенный интерес в изучении вопросов порядка заключения, установления содержания, изменения, оснований прекращения различных видов трудового договора во многом обусловлен значительной дифференциацией законодательного регулирования трудовых отношений. Поэтому вполне закономерно, что в вузах советской и современной России разрабатывался и преподавался спецкурс, направленный на изучение видов трудового договора⁴ и более глубокое изучение всего того многообразия договоров в сфере труда.

Среди ученых-трудовиков современности при характеристике видов договоров о труде нет единства в выборе критериев для их классификации, но в целом очерчиваются сугубо отраслевыми рамками их исследования.

По мнению М.В. Лушниковой, А.М. Лушников, классификация договоров о труде предлагается по следующим основаниям: 1) по форме реализации трудовых прав: на индивидуальные и коллективные; 2) по отношению к трудовому договору: на основные (трудовые договоры) и производные (иные соглашения о труде); 3) по срокам: на соглашения, заключаемые на неопределенный срок, и срочные; 4) по категориям работников и работодателей (сфера трудовой деятельности) (трудовые договоры с педагогическими, медицинскими работниками, работниками транспорта и др.); 5) по степени обязательности заключения хотя бы для одной из сторон: на свободные и обязательные⁵. Традиционным является включение в содержание видов договоров о труде, прежде всего – это трудового договора и его видов, а также коллективного договора, соглашений. Хотя в другой теме М.В. Лушни-

кова, А.М. Лушников приводят мнение ученого, согласно которому к источникам трудового права относятся как акты собственно трудового законодательства, так и нормативные акты других отраслей законодательства, содержащих нормы трудового права⁶. Таким образом, могут быть индивидуальные договоры о труде, которые не включаются в предмет изучения курса «Трудовое право России». Впрочем, это не исключает распространения на них отдельных норм или институтов трудового права и потому привлекает внимание ученых трудовиков⁷.

Довольно обширный перечень оснований для распределения договоров по группам приведен в работе Н.И. Дивеевой. Договоры автор подразделяет на: а) возмездные и безвозмездные; б) односторонние и двусторонние (многосторонние); в) консенсуальные и реальные; г) главные и придаточные; д) типичные и смешанные и др. При этом Н.И. Дивеева признает, что предложенная классификация пригодна в основном для частноправовых договоров и поддерживается представителями науки гражданского права. Наиболее плодотворной, по признанию Н.И. Дивеевой, выступает классификация договоров на источники права (нормативные договоры, соглашения о нормах) и договоры – разновидности юридических фактов. Основанием в этом случае является характер юридических последствий, вызываемый заключением договоров. Кроме того, классификацию предлагается проводить по функциям в механизме правового регулирования и договор рассматривать как источник права, как юридический факт, как правоотношение, как акт реализации нормы права⁸. В этом случае затрагиваются некоторые проблемы, которые в той или иной степени сохраняют свою актуальность до настоящего времени. Выступая за признание трудового договора как трудовой сделки (видов договоров о труде – трудовых сделок), тем не менее Н.И. Дивеева считает, что трудовое право нельзя отнести только к частному праву, поскольку в нем в известной степени присутствует элемент публичности. А расширение договорной свободы в трудовом праве не должно восприниматься как расширение сферы действия гражданского права⁹. В данном случае отстаивается подход, который не направлен на переоценку взаимосвязи и сложившейся системы видов договоров в трудовом праве.

Определяя договоры в трудовом праве, как многочисленные двух-трехсторонние социально-трудовые сделки, В.М. Лебедев считает, что они направлены на установление, изменение или прекращение социально-трудовых правоотношений. А к специфике трудовых сделок автор относит комплексный, межотраслевой характер их предмета. В рамках исследования делается вывод «о практической значимости скорее единства, чем разграничения таких отраслей права, как гражданское, трудовое и право социального обеспечения»¹⁰.

В советский период виды трудового договора изучались такими учеными, как Н.Г. Александров, Б.К. Бегичев, В.М. Догадов, Ф.М. Левиант и др. Поэтому представляют несомненный интерес и практическую значимость такие работы для современных теоретических исследований по трудовому праву.

В настоящее время проблематике рассмотрения договоров о труде в трудовом аспекте посвящены работы таких ученых, как Е.М. Акоповой, Л.Ю. Бугрова, К.Н. Гусова, Т.Ю. Коршуновой, М.В. Лушниковой, А.М. Лушниковой, Г.С. Скачковой, Е.Б. Хохлова и др. Многообразие форм собственности в отечественной экономике повлекло за собой введение и использование новых видов договоров о труде. Неоднозначную оценку в науке и правоприменительной практике получают так называемые договоры о заемном труде. По мнению В.Г. Сойфера, заемный труд – явление новое в российском трудовом праве, непривычное для традиционной схемы трудового договора¹¹. С данным утверждением можно согласиться лишь отчасти, так как такие договоры о труде использовались в России до 1917 г.

На основании вышеизложенного договоры о труде с точки зрения сферы действующего трудового законодательства можно рассматривать как: во-первых, договоры о труде, на которые распространяются нормы трудового законодательства; во-вторых, – договоры о труде, урегулированные специальным законодательством, в регулировании которых признается распространение законодательства о труде; в-третьих, договоры о труде, на которые по общему правилу не распространяются положения трудового законодательства, но могут применяться отдельные нормы или даже институты законодательства о труде. Виды трудовых договоров можно подразделить на трудовые, служебно-трудовые и нетрудовые договоры в сфере труда.

¹ См.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Третья часть. Договоры и обязательства. СПб., 1896. С. 397.

² См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 400–423.

³ См.: Лушников М.В., Лушников А.М. Курс трудового права: в 2 т. Т. 1. Сущность трудового права и история его развития. Трудовые права в системе прав человека. Общая часть. М., 2009. С. 701; Трудовое право России: учебник для вузов / под общ. ред. Е.Б. Хохлова, В.А. Сафонова. М., 2009. С. 270.

⁴ См.: Догадов В.М. Очерки трудового права. Л., 1927; Левиант Ф.М. Виды трудового договора. М., 1966; Ставцева А.И., Хохрякова О.С. Трудовой договор. М., 1983; Зайкин А.Д. Трудовой договор (контракт): учеб. пособие. М., 1995; Гусов К.Н. Планы практических занятий и контрольные вопросы по спецкурсу «Трудовой договор (контракт)». М., 1998; Особенности трудового договора с отдельными категориями работников: научно-практическое пособие / под ред. К.Н. Гусова. М., 2011.

⁵ См.: Лушникова М.В., Лушников А.М. Курс трудового права: в 2 т. Т. 2. Трудовые права в системе прав человека. Индивидуальное трудовое право: учебник. М., 2004. С. 175-186.

⁶ См.: Лушникова М.В., Лушников А.М. Курс трудового права: в 2 т. Т. 1. Историко-правовое введение. Общая часть. Коллективное трудовое право: учебник. М., 2003. С. 189.

⁷ См.: Скачкова Г.С. Трудовые договоры в различных сферах деятельности. М., 2001; Нестерова Т.А. Государственные органы и их служащие в системе защиты трудовых прав. Пермь, 2005.

⁸ См.: Дивеева Н.И. Договорные основы трудового права России: монография. Барнаул, 1999. С. 21–24.

⁹ Указ. соч. С. 4.

¹⁰ См.: Лебедев В.М., Воронкова Е.Р., Мельникова В.Г. Трудовые сделки / Современное трудовое право (Опыт трудового компаративизма). Кн. первая / под ред. В.М. Лебедева, М., 2007. С. 235–236.

¹¹ См.: Сойфер Г.В. Правовое регулирование трудовых отношений: запоздалый ответ на вызовы реальности // Трудовое право. 2010. №10. С. 92.

Н.А. Соколова

Омский юридический институт, г. Омск

ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА НА СТРАХОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ В СИСТЕМЕ ОБЯЗАТЕЛЬНОГО МЕДИЦИНСКОГО СТРАХОВАНИЯ

В системе обязательного социального страхования реализация права на страховое обеспечение имеет ключевое значение. То, насколько эффективно застрахованные граждане могут осуществлять свои права по получению социальных благ при наступлении страховых случаев, определяет адекватность всей системы социального страхования основополагающей цели данного института, а именно компенсации социально-страхового риска, преодоление социально-значимых неблагоприятных обстоятельств. В Российской Федерации существует четыре вида обязательного социального страхования, каждому из которых посвящен отдельный федеральный закон, закрепляющий особенности получения гражданами соответствующего социально-страхового обеспечения. Представляется, что важнейшим моментом в процедуре получения страхового обеспечения, наряду с фактическими составами, порождающими право на обеспечение, является вопрос о субъекте, предоставляющем обеспечение застрахованному лицу, и объеме его прав и обязанностей по отношению к последнему. Наиболее традиционной является модель, в соответствии с которой право гражданина на страховые предоставления обеспечивается страховщиком – государственным внебюджетным фондом. Подчеркнем, что фонды действуют через свои территориальные подразделения, предоставляющие страховое обеспечение на одинаковых условиях, независимо от того, куда конкретно и по каким причинам обратился застрахованный гражданин. Наиболее ярко это проявляется в системе обязательного пенсионного страхования. Другой вариант предполагает, что обеспечение представляет страхователь (работодатель) в рамках своих обязательств, установленных законом, например, в системе обязательного социального страхования на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством. В таком случае наличествует относительное правоотношение, и застрахованный обращается только к тому лицу, с которым заключен трудовой (гражданско-правовой) договор. Следовательно, обычно застрахованный гражданин четко знает, кто выступает в качестве субъекта, предоставляющего страховое обеспечение, и в каком объеме, поскольку последний установлен законом.

Иначе дело обстоит в системе обязательного медицинского страхования (далее также – ОМС). С определенной долей осторожности можно сказать, что получение страхового обеспечения в системе ОМС, а именно медицинских услуг, сопряжено со значительными сложностями. Детерминированы они следующими причинами:

1) большим количеством субъектов (медицинских организаций), реализующих функции страховщика по предоставлению страхового обеспечения;

2) неодинаковым уровнем материально-технических возможностей медицинских организаций, предопределяющим невозможность предоставления всех или каких-либо медицинских услуг всеми медицинскими организациями;

- 3) фактической неопределенностью объема страхового обеспечения;
- 4) сложным нормативным правовым регулированием, выражающимся во множестве актов, устанавливающих правила реализации права на обеспечение в системе ОМС;
- 5) межотраслевым характером рассматриваемых отношений, заставляющим при рассмотрении вопроса о реализации права на страховое обеспечение в ОМС обращаться к законодательству.

Кардинальное изменение нормативной правовой базы в сфере охраны здоровья предопределило актуальность настоящего исследования, поскольку принятие Федерального закона от 21 ноября 2011 г. «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» повлекло установление нового порядка выбора пациентом медицинской организации. Так, в соответствии со ст. 21 указанного закона *при оказании гражданину медицинской помощи в рамках программы государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи он имеет право на выбор медицинской организации в порядке, утвержденном уполномоченным федеральным органом исполнительной власти*. Поскольку программы обязательного медицинского страхования являются составной частью программ государственных гарантий соответствующего уровня, а выбор медицинских организаций, оказывающих услуги в сфере ОМС, по сути означает определение субъекта предоставляющего социально-страховое обеспечение, мы вправе рассматривать приведенные выше нормы и механизм их реализации с позиции его соответствия основным целям и задачам системы обязательного социального страхования.

Следует отметить, что законодателем впервые была предпринята попытка разграничить медицинскую помощь, определив ее виды (первичная медико-санитарная помощь, специализированная, в том числе высокотехнологичная, скорая, паллиативная), формы (экстренная, неотложная, плановая) и условия оказания (вне медицинской организации, амбулаторно, дневной стационар, стационарно). Целями данной работы не охватывается оценка достоинств и недостатков данной классификации. Важно, что в зависимости от вида и формы медицинской помощи различается порядок выбора медицинской организации.

Новеллой законодательства об охране здоровья является введение хронологического (временного) и волевого элемента реализации права на выбор медицинской организации. Первый заключается в том, что для получения *первичной медико-санитарной помощи* гражданин выбирает медицинскую организацию, в том числе по территориально-участковому принципу, не чаще чем **один раз в год** (за исключением случаев изменения места жительства или места пребывания гражданина). При этом из содержания Порядка выбора гражданином медицинской организации при оказании ему медицинской помощи в рамках программы государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи, утвержденного приказом Минздравсоцразвития России от 26 апреля 2012 г., следует, что речь идет о комплексном медицинском обслуживании. Выбирая медицинскую организацию, гражданин не может обращаться в другие лечебные учреждения, например, за оказанием медицинской услуги какого-то отдельного вида. Кроме того, из текста упомянутого порядка следует, что им не охватываются те случаи, когда гражданин не наблюдается в какой-либо медицинской организации, так как обязательными действиями лечебного учреждения, принимающего пациента на учет, является направление запросов в организации, где гражданин, реализующий право выбора медицинской организации, обслуживался до этого.

Примечательно, что при выборе других видов медицинской помощи временной элемент больше не применяется. Также следует сказать, что отсутствует в законодательстве и порядок выбора медицинской организации для оказания паллиативной помощи, а в отношении скорой говорится лишь то, что выбор осуществляется с учетом соблюдения установленных сроков оказания.

Иначе выглядит ситуация с выбором организаций для оказания специализированной медицинской помощи. Во-первых, в законе выделяется первичная специализированная медицинская помощь, которую можно получить:

- 1) по направлению врача-терапевта участкового, врача-педиатра участкового, врача общей практики (семейного врача), фельдшера, врача-специалиста;
- 2) в случае самостоятельного обращения гражданина в медицинскую организацию, в том числе организацию, где гражданин обслуживается.

В то же время для получения *непервичной* специализированной медицинской помощи в плановой форме выбор медицинской организации осуществляется по направлению лечащего врача. Таким образом, проявляется ограничение волевого элемента, означающее сужение пределов самостоятельности пациента в выборе медицинской организации. Данное положение нашло проявление и в за-

креплении правила о платности медицинских услуг при самостоятельном обращении за медицинскими услугами, за исключением первичной медицинской помощи.

М.Г. Суханова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

О РАТИФИКАЦИИ РОССИЕЙ КОНВЕНЦИИ МОТ № 173 «О ЗАЩИТЕ ТРЕБОВАНИЙ ТРУДЯЩИХСЯ В СЛУЧАЕ НЕПЛАТЕЖЕСПОСОБНОСТИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЯ»

Необходимость защиты материальных прав работников в части получения заработной платы и иных выплат в случае неплатежеспособности работодателя является для России проблемным вопросом. Концепция привилегированного статуса работников как кредиторов своего работодателя, вытекающая из ратифицированной Российской Федерацией Конвенцией №95 «Относительно защиты заработной платы» 1949 г., будучи передовой в 20 веке, на сегодняшний день уже не является достаточно эффективной¹.

Начало 2012 года ознаменовало важное событие в рассматриваемой сфере – ратификация Россией Конвенции №173 «О защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя»².

Как следует из Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя (Конвенции №173)»³ (далее – ФЗ о ратификации Конвенции №173), Российская Федерация приняла на себя обязательства, вытекающие из раздела II Конвенции, предусматривающего защиту требований трудящихся посредством привилегии.

В Пояснительной записке к Проекту ФЗ о ратификации Конвенции №173 указано: «Сравнительный анализ соответствия законодательства Российской Федерации положениям Конвенции №173 показывает, что в законодательстве Российской Федерации **в основном** (прим.: выделено автором) реализуются положения и требования МОТ»⁴.

Согласно Финансово-экономическому обоснованию к данному Законопроекту ратификация Конвенции не повлечет за собой дополнительных расходов из федерального бюджета⁵. Не потребуются и признание утратившими силу, приостановление, изменение или принятие федеральных законов, нормативных правовых актов Президента РФ, Правительства РФ и федеральных органов исполнительной власти.

Оценку рассматриваемому нововведению косвенно дал и Конституционный суд, указав в своем Определении на соответствие статьи 134 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о банкротстве), устанавливающей привилегированный статус работников организации-банкрота, положениям раздела II Конвенции МОТ №173⁶.

Указанные положения приводят к следующей мысли: в связи с тем, что на сегодня формально законодательство Российской Федерации соответствует принятым обязательствам, вытекающим из Конвенции №173, то отсутствует стимул к поиску более совершенных механизмов разрешения данной проблемы.

Между тем, в основополагающих документах МОТ указывается на особое значение и смысл гарантии соблюдения основополагающих принципов и прав в сфере труда, на срочную необходимость улучшения условия труда, в том числе, путем гарантии заработной платы, обеспечивающей удовлетворительные условия жизни⁷.

Однако имеющийся в России механизм защиты материальных прав работников посредством предоставления привилегии, хоть и соответствующий положениям Раздела II Конвенции, в течение многих лет доказал свою слабость, а в последние сложные для экономики страны годы оказался абсолютно неэффективным.

По всей видимости, реализация в России требований МОТ в рассматриваемой области так и будет характеризоваться указанным в Пояснительной записке к законопроекту размытым выражением – «реализуются в основном».

В то же время согласно ст. 130 Трудового кодекса РФ обеспечение получения работником заработной платы в случае прекращения деятельности работодателя и его неплатежеспособности относится к числу основных государственных гарантий по оплате труда работников⁸.

Примечательно, что согласно Конвенции МОТ №173 термин «неплатежеспособность» охватывает ситуации, при которых в соответствии с национальным законодательством и практикой открывается процедура, касающаяся активов предпринимателя, с целью удовлетворения претензий кредиторов на коллективной основе (п. 1 ст. 1). Кроме того, Конвенцией предусмотрено, что государство-член может распространить определение термина «неплатежеспособность» на другие ситуации, в которых требования трудящихся не могут быть удовлетворены в силу финансового положения предпринимателя, например, если сумма активов предпринимателя признается несоответствующей требованиям, установленным для открытия процедуры, касающейся неплатежеспособности (п. 2 ст. 1).

Следует отметить, что механизм привилегий в России реализуется только в рамках процедуры банкротства. Эффективность его в каждом конкретном случае зависит от наличия и достаточности имущества организации для расчетов с кредиторами. При этом в соответствии с абз. 8 п. 1 ст. 57 Закона о банкротстве в случае отсутствия средств, достаточных для возмещения судебных расходов на проведение процедур, применяемых в деле о банкротстве, в том числе расходов на выплату вознаграждения арбитражному управляющему, производство по делу о банкротстве подлежит прекращению⁹. В таком случае реализация работниками своих привилегированных требований не представляется возможной.

Согласно ст. 9 рассматриваемой Конвенции удовлетворение вытекающих из трудовых отношений требований трудящихся, предъявляемых предпринимателю, обеспечивается при помощи гарантийных учреждений, если оплата не может быть произведена предпринимателем ввиду его неплатежеспособности.

С учетом широкого толкования Конвенцией понятия «неплатежеспособность» (в частности, в трактовке п. 2. ст. 1 Конвенции) следует признать, что механизм защиты прав работников посредством гарантийных учреждений может применяться независимо от признания организации банкротом. Таким образом, система гарантийных учреждений позволяет выйти из «тупика недостаточности имущества», в котором зачастую оказывается механизм привилегий.

В связи с изложенным хотелось бы, чтобы ратификация Конвенции МОТ №173 не стала лишь формальным жестом, а послужила существенным импульсом в направлении разработки и внедрения в отечественное законодательство действенной системы мер, направленных на защиту материальных прав работников неплатежеспособного работодателя.

¹ Конвенция МОТ № 95 «Относительно защиты заработной платы». Ратифицирована Президиумом Верховного Совета СССР 31.01.1961. Ратификационная грамота СССР депонирована 04.05.1961. // Ведомости ВС СССР, 01.11.1961, №44, ст. 447.

² Конвенция №173 МОТ «О защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя». Принята в г. Женеве 23.06.1992 на 79-ой сессии Генеральной конференции МОТ // Конвенции и рекомендации МОТ. 1991–1997 годы. М., 1997. С. 11.

³ Федеральный закон от 01 мая 2012 г. №39-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя (Конвенции №173)» [Электронный ресурс] // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ Пояснительная записка к Проекту Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя (конвенции №173)» [Электронный ресурс] // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ Финансово-экономическое обоснование к проекту федерального закона «О ратификации Конвенции о защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя (конвенции №173)» [Электронный ресурс] // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 19 июня 2012 г. №1141-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Е.Е. Абрамова, Н.А. Абрамова и других на нарушение их конституционных прав статьей 134 федерального закона «о несостоятельности (банкротстве)» [Электронный ресурс] // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ См.: Декларация Международной организации труда «Об основополагающих принципах и правах в сфере труда» (принята в г. Женеве 18.06.1998 // Российская газета. №238. 16.12.1998 г.; Преамбула к Уставу Международной организации труда / Устав Международной организации труда и Регламент Международной конференции труда. Женева: Международное бюро труда, 1996.

⁸ Трудовой кодекс Российской Федерации // Собрание законодательства РФ. 2002. №1 (ч. 1). Ст. 3.

⁹ Федеральный закон от 26 октября 2002 г. №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // Собрание законодательства РФ. 2002 г. №43. Ст. 4190.

**ЮРИДИЧЕСКИЕ ПРИЗНАКИ СОЦИАЛЬНЫХ КОМПЕНСАЦИЙ:
ДИСКУССИОННЫЕ ВОПРОСЫ**

Отраслевая теория, обогатившись новыми терминами, в т.ч. понятием социальные компенсации, никак не определит их место в системе видов социального обеспечения. До настоящего времени ни законодательство, ни теория не выработали общего определения социальной компенсации в праве социального обеспечения, т.е. не предложили ответ на вопрос, какие признаки присущи ей как виду социального обеспечения, каким специфическим требованиям должно отвечать физическое лицо – потенциальный субъект права на социальную компенсацию.

Большинство ученых¹ компенсации называют отдельным, обособленным видом социального обеспечения, отличным от пособий, появившимся в связи с снижением общего уровня жизни населения². Другие исследователи считают их близкими по юридическим свойствам и сущности к социальным пособиям и не предлагают обособленного определения социальных компенсаций³. Социальные компенсации часто в учебниках рассматриваются в разделе о социальных пособиях.

Термин «компенсация» (лат. «compensatio» – уравнивание, возобновление) характеризует сущность, смысл социальной помощи, которую общество предоставляет конкретному нуждающемуся физическому лицу. В свою очередь, термин «социальный» (лат. «socialis» – общественный, относящийся к общественному строю и жизни) очерчивает объем понятия, отражает источник и способ формирования фондов и обязанного субъекта: средства, направляемые на соответствующие нужды, являются общественными и распределяются по усмотрению общества уполномоченными им органами и организациями.

Формулируя обобщенное понятие «социальная компенсация», следует иметь в виду, что им характерны родовые правовые признаки социально-обеспечительного предоставления нуждающимся гражданам. Юридическими свойствами социальных компенсаций, свидетельствующими об отраслевой принадлежности, являются: во-первых, объективная обусловленность их предоставления физическим лицам социальным риском. Теоретические обоснования социального риска как правового основания социального обеспечения граждан неоднократно обсуждалось учеными-представителями отраслевой науки в Украине и Российской Федерации (см. работы В.С. Аракчеева, Н.Б. Болотиной, В.П. Галаганова, К.Н. Гусова, М.Л. Захарова, Э.Г. Тучковой, Е.Е. Мачульской, П.Д. Пилипенко, М.Ю. Федоровой и др.). Считаю, что в современных условиях теория социального риска модифицируется, но продолжает быть фундаментальной при определении правовой природы социальных материальных предоставлений гражданам. Именно социальный риск как основание выплаты служит базовым критерием при отграничении социальных компенсаций в сфере социального обеспечения от компенсационных выплат по трудовому законодательству.

Во-вторых, они обусловлены необходимостью покрытия социального вреда или удовлетворения социальных потребностей лиц, испытавших влияние социального риска. Важным является тот факт, что вид социального обеспечения предопределяется теми социальными потребностями лица, которые на определенном конкретно историческом этапе своего развития общество признает возможным обеспечить и провозглашает себя обязанным субъектом относительно них. Целевым предназначением социальных компенсаций является возобновление материального трудового дохода физического лица, объективно (в результате нетрудоспособности или невозможности найти адекватную работу) утратившего возможность самостоятельно реализовать свое право на оплату труда в размере, соответствующем социальным стандартам. Социальные компенсации выплачиваются также тем физическим лицам, которые по уважительным причинам (например, необходимость ухода за ребенком до трех лет или постоянного ухода за нетрудоспособным членом семьи и т.п.) не могут трудиться и получать надлежащего материального вознаграждения.

В-третьих, законодательное, в большинстве случаев, регулирование условий и порядка предоставления социальных компенсаций. Этот вид социального обеспечения может быть предметом муниципального регулирования, коллективно – договорного или индивидуального соглашения сторон трудового договора. Но обозначенные виды правового регулирования выполняют вспомогательную функцию в сфере социально-обеспечительных предоставлений.

В-четвертых, основным обязанным субъектом назначения и выплаты социальных пособий является государство. Конечно, в условиях рыночных отношений и изменений общественной идеологии обязанными по законодательству, собственной инициативе или в результате соглашения социальных партнеров могут быть и другие субъекты. За типом обязательств обязанность негосударственных организаций является дополнительной. Она обеспечивает льготный или повышенный уровень социальных выплат в сравнении с государственным, но не заменяет его.

Определяя видовую принадлежность социальных компенсаций, считаем их разновидностью социальных пособий. О том, что социальные компенсации – вид социальных пособий, можно утверждать, проанализировав предложенные в отраслевой литературе определения пособий – все исследователи проблем права социального обеспечения едины при формулировании компенсационной функции социальных пособий⁴.

Все социальные компенсации имеют единое целевое направление – уравновесить материальное обеспечения лица – обеспечить доход на уровне прежней или минимальной заработной платы. По этому юридическому признаку названные социальные пособия условно относятся к одной группе, поскольку представляют собой полную или частичную компенсацию лицу заработка, утраченного вследствие наступления социального риска – нетрудоспособности лица, или невозможности зарабатывать трудовой доход на предшествующем социальном уровне материального трудового обеспечения, или невозможности его зарабатывать, учитывая семейные обстоятельства – необходимость постоянного присмотра за физически или социально нетрудоспособным членом семьи.

В доктринальном и легальном определении социальной компенсации должно быть указание на вид социально-обеспечительного предоставления, форму и целевое предназначение. Предлагаем социальную компенсацию в сфере социального обеспечения трактовать как социальное пособие, целевым предназначением которого является денежное возмещение физическому лицу объективно (условно-объективно) утраченного, убавленного или незаработанного в результате социального риска трудового дохода, выплачиваемого за счет страховых или бюджетных фондов.

¹ Смирнова Н.Л. Пособия по временной нетрудоспособности как вид страхового обеспечения по праву социального обеспечения современной России: дис. ...канд. юрид. наук. 12.00.05. Владивосток, 2002. С. 65.

² Болотіна Н.Б. Право соціального захисту України : Навч. Посіб. 2-ге вид.,перероб. I доп. К.: Знання, 2008. С. 71.

³ Буянова М.О., Кондратьева З.А., Кобзева С.И. Право социального обеспечения: учеб. пособие. Особенная часть. М.: Нолидж, 1997. С. 45–69.

⁴ Корсаненкова Ю.Б. Социальные пособия на детей и их классификация // Российский ежегодник трудового права. 2009. №5. С. 459–482; Полупанов М.И. Пособия по социальному обеспечению в СССР: учеб. пособие для студентов ВЮЗИ. М., 1976. С. 5–16; Купина Н.А. Пособия как вид социального обеспечения // Вестник МГУ. 1980. №5. С. 56–57; Гушин И.В. Советское право социального обеспечения: вопросы теории. Мн.: Наука и техника, 1982. С. 43–44.

К.Л. Томашевский

Международный университет «МИТСО», г. Минск

КРИЗИС КОНТРОЛЬНОГО МЕХАНИЗМА ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ ТРУДА: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

Введение. 101-я сессия Международной конференции труда (далее – МКТ), проходившая с 30 мая по 15 июня 2012 г. в Женеве наряду с обсуждением ряда достаточно актуальных вопросов (кризис в сфере занятости молодежи, проблемы реализации основополагающих принципов и прав в сфере труда, минимальные нормы социальной защиты в целях социальной справедливости и справедливой глобализации), выявила глубокие проблемы, связанные с контрольным механизмом за соблюдением государствами-членами МОТ международных стандартов труда.

Как известно, контрольный механизм за соблюдением международных стандартов труда, действующий в МОТ, выражается во взаимодействии трех основных органов МОТ (МКТ, Административного совета, Международного бюро труда (далее – МБТ)) и четырех специально создаваемых комитетов: Комитета экспертов по применению конвенций и рекомендаций (далее – Комитет экспертов), Комитета МКТ по применению норм, Комитета по свободе ассоциаций, Комитета по жалобам. Правовой базой, на основании которой действует этот механизм, выступает Конституция (устав)

МОТ и Регламент МКТ¹. В МОТ также разработано Руководство по процедурам, касающимся международных конвенций и рекомендаций о труде².

Напомним, что согласно резолюции, принятой на 8-й сессии МКТ в 1926 г., на Комитет экспертов и на Комитет МКТ по применению норм возлагается ответственность за проведение регулярного контроля за соблюдением государствами-членами своих обязательств, вытекающих из норм³. На основании этого полномочия «в задачу Комитета экспертов входит указывать, в какой мере законодательство и практика каждого государства-члена согласуется с ратифицированными конвенциями, а также отмечать, в какой мере государства-члены выполняют свои обязательства в соответствии с Уставом МОТ в связи с нормами»⁴.

С контрольным механизмом связана система представления докладов правительствами государств-членов. Эта система вступила в действие в 2003 году. Суть ее сводится к представлению докладов в рамках двухлетнего (по основополагающим и приоритетным конвенциям) либо пятилетнего цикла лет (по иным конвенциям, если они отдельно не запрашиваются)⁵. Кроме того, возможно требование от государств-членов и непериодических докладов по применению ратифицированных конвенций (как правило, по инициативе Комитета экспертов или Комитета МКТ по применению норм).

Ежегодно Комитет экспертов готовит к началу работы МКТ объемный доклад по применению международных стандартов труда, который состоит из двух томов, а первый – из томов из двух частей: общий доклад и замечания, касающиеся отдельных стран, где содержится подробный анализ нарушений основополагающих конвенций в государствах-членах МОТ⁶, второй том включает общий обзор⁷. Темы общих обзоров определяются Административным советом и согласно решению этого совета, принятому в марте 2010 г. на 307-й сессии, эти темы отбираются в учетом четырех стратегических задач МОТ, как они установлены в Декларации МОТ 2008 г. о социальной справедливости в условиях справедливой глобализации. В 2012 году общий обзор касался основополагающих конвенций МОТ.

Проблема полномочий Комитета экспертов

4 и 5 июня 2012 г. в рамках работы 101-й сессии МКТ на заседании Комитета МКТ по применению норм между группами трудящихся и нанимателей разгорелась дискуссия по вопросу о том, может ли Комитет экспертов в своих докладах осуществлять толкование конвенций МОТ (в частности, конвенции №87 о свободе ассоциации и защите права на объединение 1948 г., из толкования которой эксперты усмотрели право трудящихся на забастовку). В самом тексте конвенции №87 прямо о праве на забастовку ничего не говорится, но, по мнению группы трудящихся, нашло поддержку и со стороны Комитета экспертов, это право там подразумевается имплицитно, поскольку право на объединение и на ведение коллективных переговоров и нацелено на предотвращение забастовок, а последние проводятся в целях разрешения коллективного трудового спора, когда коллективные переговоры не дали результата.

Представитель группы работодателей Крис Сайдер возражал против подобного толкования со стороны Комитета экспертов, указывая на то, что этот комитет работает не на трехсторонней основе (началах трипартизма, характерного для МОТ), мандата на толкование конвенций он не имеет, поэтому его доклады должны иметь лишь техническое, а не юридическое значение. Характерно, что и в Общем докладе Комитета экспертов на 101-й конференции членами этого комитета отмечается «независимый, непредвзятый и технический характер той роли, которая отводится им в качестве юридических экспертов при осуществлении своей деятельности»⁸.

В общем обзоре по соблюдению конвенций и рекомендаций Комитет экспертов, по мнению группы работодателей, вышел за пределы своего мандата. На практике же эти отчеты воспринимаются во всем мире как оценка государств со стороны МОТ.

Группа от правительств, формально не участвуя в этом споре, предлагала отложить заседание Комитета по применению норм. Поскольку группа трудящихся отказалась от предложенного группой работодателей дополнения общего отчета Комитета по применению норм указанием на технический характер Доклада комитета экспертов, то группы работодателей и правительств фактически отказались обсуждать и утверждать список государств (case list), чьи случаи по вопросам несоблюдения конвенций и рекомендаций должен обсудить Комитет на текущей сессии.

Работники посчитали нападки на Комитет экспертов и секретариат МКТ со стороны групп работодателей необоснованными, подрывающими механизм контроля за соблюдением норм. Группа работодателей настаивала на том, что этот механизм надо совершенствовать.

На заседание Комитета МКТ по применению норм был специально приглашен юрисконсульт МКТ для дачи разъяснений о дальнейших путях разрешения возникшей проблемы. Им были предло-

жены два варианта решения проблемы: через принятие резолюции и через указание об этом в общей отчете Комитета и вынесении этого вопроса на Административный совет. Группа трудящихся в лице председателя Марка Лемана поддержала второй вариант решения проблемы, но одновременно решила обсуждать отдельные случаи, ориентируясь в основном на государства, включенные в Доклад комитета экспертов с двумя сносками (Гватемала, Свазиленд, Фиджи, Мавритания, Греция и др.). Возникший вопрос о мандате Комитета экспертов будет рассмотрен на Административном совете в ноябре 2012 г.

В заключение доклада укажем на то, что описанная проблема обнаружила кризис контрольного механизма МОТ, которая ждет своего оперативного решения, а сам данный механизм – усовершенствования.

¹ Устав Международной Организации Труда и Регламент Международной Конференции Труда. Женева, 2002. 101 с.

² Руководство по процедурам, касающимся международных конвенций и рекомендаций о труде / Департамент международных трудовых норм. Rev., 2006. 71 с.

³ Там же, с. 36.

⁴ Там же, с. 21.

⁵ Применение международных трудовых норм 2012 (I): доклад Комитета экспертов по применению конвенций и рекомендаций. Докл. III (Ч. 1А). Общий докл. Женева: МБТ, 2012. С. 2.

⁶ См. например: Application of International Labour Standards 2012 (I) Report III (Part 1A). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Geneva: Int. Labour Office, 2012. 1024 p.

⁷ Там же. С. 3.

⁸ Там же. С. 11.

М.Ю. Федорова

Конституционный Суд Российской Федерации, г. Санкт-Петербург

ПРАВОВОЙ МЕХАНИЗМ СОЦИАЛЬНОЙ СОЛИДАРНОСТИ В СИСТЕМЕ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Социальная солидарность рассматривается в научной литературе как моральная ценность, как принцип социальной политики и социального обеспечения. В самом общем виде она может быть определена как взаимная помощь и поддержка, основанная на общности интересов и необходимости осуществления общих целей. Применительно к социальному обеспечению социальная солидарность основана на том, что все члены общества подвержены примерно одинаковым социальным рискам, поэтому в случае, если они не в состоянии самостоятельно преодолеть такие риски и их последствия, им предоставляется социальное обеспечение в виде социальных выплат, благ и услуг за счет общих средств, аккумулированных на эти цели в бюджетах различных уровней бюджетной системы, а также во внебюджетных социальных фондах.

Социальная солидарность, проявляющая себя в общественных отношениях, в государственно-организованном обществе должна облекаться в правовую форму. В связи с этим реализация социальной солидарности предполагает формирование и функционирование особого правового механизма, направленного на решение задач по социальной поддержке граждан, попавших в ситуацию социального риска.

Такой правовой механизм воплощается в системе социального обеспечения, которая устанавливается государством (при возможном участии негосударственных субъектов). Необходимыми элементами данного правового механизма являются следующие: 1) нормативный, включающий определение и нормативную фиксацию основных параметров социальной солидарности (оснований и условий предоставления социального обеспечения, видов социального обеспечения, размеров денежных выплат, объема социальных услуг и т.п.); 2) финансовый, связанный с формированием финансовых источников, за счет которых предоставляется социальное обеспечение; 3) организационный, представляющий собой практическую деятельность органов и учреждений, на которые возложены функции и полномочия в сфере социального обеспечения.

Социальная солидарность может осуществляться на различных уровнях. При этом опосредующий ее правовой механизм в любом случае будет охватывать вышеперечисленные элементы. Так, в публично-правовой сфере социальная солидарность может проявляться на уровнях Российской Фе-

дерации, ее субъектов, муниципальных образований. Социальная солидарность в частно-правовой сфере может осуществляться на уровне корпораций, общественных организаций и т.п.

Социальная солидарность в масштабах Российской Федерации является наиболее эффективной, прежде всего с экономической точки зрения (с учетом того, что перераспределение доходов на макроэкономическом уровне происходит по нескольким направлениям, в том числе между регионами и между отраслями экономики). Кроме того, поскольку система социального обеспечения направлена на выравнивание доходов посредством создания каждому члену общества такого уровня потребления социально значимых благ и услуг, который на данном этапе экономического развития считается социально приемлемым и достижимым, именно общество должно задавать основные параметры социальной солидарности, то есть определять, в каких случаях и на каких условиях нуждающимся будет предоставляться поддержка.

Государство в таких связях выступает от имени общества, а его деятельность представляет собой механизм реализации социальной солидарности, которую проявляет общество со своими членами, попавшими в неблагоприятную жизненную ситуацию и не способными самостоятельно ее преодолеть. Задача государства заключается в том, чтобы адекватно «считывать» и исполнять волю общества, соотнося ее с имеющимися ресурсами.

Не случайно поэтому основные параметры системы социального обеспечения фиксируются в законе, как того требует ст. 39 Конституции Российской Федерации, согласно которой государственные пенсии и социальные пособия устанавливаются законом, и каждому гарантируется социальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей и в других случаях, установленных законом.

Следовательно, сама система социального обеспечения, включая перечень оснований и условий его предоставления, а также его видов и размеров, устанавливается в законе, а в подзаконных актах могут быть урегулированы лишь процедурные аспекты реализации соответствующих прав граждан. Тем самым все основные вопросы, касающиеся формирования и функционирования данной системы, разрешаются законодательным (представительным) органом государственной власти, который избирается народом. Необходимо также подчеркнуть, что конституционное право на социальное обеспечение предоставляется каждому, соответственно, большинство видов социального обеспечения адресованы каждому как члену общества, а не как гражданину государства, что подтверждает ранее сформулированный вывод о том, что общество составляет в современных условиях «первооснову» социальной солидарности.

С указанных социально-философских позиций сама система социального обеспечения основана на своеобразном «общественном договоре», согласно которому государство устанавливает ее на условиях, соответствующих воле общества относительно параметров социальной солидарности. Безусловно, такое представление о системе социального обеспечения в некоторой степени идеализировано, поскольку, чем сложнее организовано общество, тем сложнее будет и механизм социальной солидарности, реализуемый государством от имени общества и в интересах всех его членов. Это означает, что данный механизм может устанавливаться и функционировать исключительно на основе поиска и достижения баланса частных и публичных интересов, а система социального обеспечения всегда будет подразумевать известное ограничение прав одних субъектов в целях реализации прав других.

Допустимость подобных ограничений в рамках правового механизма социальной солидарности должна оцениваться с позиций их соответствия конституционным принципам и нормам (в частности, принципам правового социального государства, равенства и справедливости; запрета придания обратной силы закону, ухудшающему положение гражданина; установления пределов осуществления прав и свобод человека и гражданина), а также международным стандартам социального обеспечения, отражающим современные представления цивилизованного общества об условиях и нормах социальной поддержки населения.

Исследование феномена социального обеспечения не только с экономической и правовой точек зрения, но и с позиций социально-философского и социологического анализа позволяет рассматривать систему социального обеспечения в качестве правового механизма социальной солидарности. Такой подход к пониманию сущности социального обеспечения в условиях угрозы его «приватизации» направлен на обоснование необходимости приоритетного развития и совершенствования тех его форм, которые устанавливаются государством и подчиняются публично-правовому регулированию, при одновременной поддержке и стимулировании дополнительных видов социального обеспечения, организация которых осуществляется на иных уровнях социальной солидарности.

**ВОЗМОЖНЫЙ РАБОТНИК КАК ОСНОВНОЙ СУБЪЕКТ
ОТНОШЕНИЙ ПО ТРУДОУСТРОЙСТВУ**

При рассмотрении отношений по трудоустройству у данного работодателя как одного из видов общественных отношений, являющихся предметом трудового права России, автоматически должен ставиться вопрос о субъектном составе участников данных отношений. Представляется, что можно выделить следующие виды субъектов правоотношений по трудоустройству: во-первых, возможные работники (лица, ищущие работу); во-вторых, возможные работодатели; в-третьих, органы специальной компетенции; в-четвертых, иные физические и юридические лица, оказывающие содействие в трудоустройстве как возможным работникам и возможным работодателям. При характеристике субъектов трудового права применительно к составу общественных отношений, входящих в предмет российского трудового права, существенное значение имеет деление этих отношений на две группы. Представляется правильным согласиться с предложенным Е.Б. Хохловым делением субъектов на основные и вспомогательные (производные)¹. По его мнению, сущность вспомогательных субъектов трудового права заключается в том, что их способность к правообладанию в рамках данной отрасли либо является производной от правосубъектности основных субъектов, либо направлена на обслуживание функционирования этих последних в качестве полноценных участников отношений в сфере труда. Таким образом, лицо, ищущее работу, является вспомогательным субъектом, правосубъектность которого производна от правосубъектности работника, а орган-посредник является субъектом, правосубъектность которого носит служебный характер. В науке трудового права выделяются также традиционные иные классификации субъектов: как индивидуальные и коллективные; обладающие общей и специальной правосубъектностью. Однако для рассматриваемой группы отношений интересна первая указанная выше классификация субъектов. Исходя из классификации субъектов на основные и вспомогательные – возможный работник и возможный работодатель являются основными субъектами трудового права и в трудовых правоотношениях, и в отношениях по трудоустройству. Поскольку, во-первых, последние нацелены непосредственно на возникновение трудовых правоотношений, во-вторых, могут существовать между указанными субъектами без каких-либо дополнительных условий. Органы специальной компетенции и органы-посредники являются вспомогательными субъектами в отношениях по трудоустройству, поскольку они являются участниками указанных связей только при наличии правовой связи хотя бы с одним основным субъектом. Отношения по трудоустройству возможны без участия вспомогательных субъектов.

ТК РФ в главах 1 и 2 по вопросам трудоустройства лиц, ищущих работу, употребляет несколько терминов – «работник», «лицо, поступающее на работу», «гражданин». В связи с возникновением новых явлений в сфере труда появляются новые термины, обозначающие субъектов трудового права «безработный», «занятость», «лицо, ищущее работу». Термин «работник» является традиционным для советского и российского трудового права, он, как известно, охватывает рабочих и служащих. Тем не менее данный термин не в полной мере отражает требования практики. Термин «работник» традиционно понимается как термин, обозначающий субъекта трудовых отношений. Но предмет трудового права включает в себя и иные тесно связанные с трудовыми отношениями, также возникающие между субъектами трудового права. В.Н. Скобелкин говорит о том, что люди могут быть субъектами трудовых отношений и до того момента, как они становятся работниками², об этом же упоминает Е.Б. Хохлов³. Лицо, ищущее работу, получает статус работника после подписания трудового договора или, в виде исключения, со дня фактического допущения к работе в соответствии со ст. 16 ТК РФ. Таким образом, нормы, регулирующие отношения по трудоустройству, предшествующие возникновению трудовых отношений, не имеют одного определенного субъекта, поскольку лицо, поступающее на работу, формально еще не имеет статуса работника. Термин «лицо, поступающее на работу» (ст. 65 ТК РФ) также не в полной мере решает вопрос об оптимальном наименовании одного из субъектов отношений по трудоустройству. Представляется, что лицо может быть названо «поступающим на работу» только после того, как гражданин обратился к работодателю с просьбой о приеме на работу. Таким образом, «лицо, поступающее на работу» фактически отсутствует при процедуре включения в квоту, при допуске к участию в конкурсе и т.д.

В ст. 198 ТК РФ употребляется термин «лицо, ищущее работу», распространяющийся на отношения по подготовке кадров в трудовом законодательстве. Примечательно, что ТК РФ данный круг отношений отнес к регулированию гражданским законодательством. Формально получается, что здесь нормы гражданского права включены в источник трудового законодательства и тем не менее представляется интересным исследовать термин «лицо, ищущее работу». Думается, данный термин адекватно определяет одного из субъектов отношений по трудоустройству. Следует учесть, что он определен в ст. 3 Закона «О занятости»: лицо, ищущее работу, – это физическое лицо, которое ищет подходящую работу и готово приступить к ней. Лицо, ищущее работу, в момент поиска может иметь трудовые отношения с каким-либо работодателем и подыскивать другую (новую или дополнительную) подходящую ему работу.

Е.Н. Доброхотова вводит следующую терминологию субъектного состава отношений по трудоустройству: трудоустраивающий субъект, трудоустраиваемый субъект, работодатель, предоставляющий рабочие места⁴. Представляется, данная терминология применима, в достаточно ограниченном смысле, к отношениям по трудоустройству в счет квоты. В целом же, считаю, что данная терминология не соответствует сути отношений по трудоустройству как отношений по поводу предполагаемого труда. Поскольку основными субъектами таких отношений являются работодатель и лицо, ищущее работу, трудоустраивающим органом (органом, устраивающим на работу), по моему мнению, является именно работодатель, а служба занятости является органом, осуществляющим содействие в трудоустройстве. Безусловно, что при трудоустройстве лица, ищущего работу, в счет квоты, служба занятости обладает специальной компетенцией и осуществляет, по сути, принудительный подбор кандидата на вакантную должность, но, однако, работодатель имеет право отказать в трудоустройстве при наличии оснований (не соответствует медицинским требованиям для занятия определенной должности, не соответствует уровень образования для занятия вакантной должности). С.В. Кулакова предлагает в отношении субъекта - посредника использовать термин «трудоустраивающий орган» – это организация (государственная или иная), главным или одним из направлений деятельности которой является оказание обращающимся гражданам помощи, в соответствии с законодательством, содействия в поиске работы⁵. Считаю возможным не согласиться с предложенным термином по нескольким причинам: во-первых, в соответствии с действующим законодательством в качестве субъекта, оказывающего содействие в трудоустройстве на территории РФ, могут выступать как индивидуальные предприниматели, так и юридические лица; во-вторых, данный термин, в моем понимании, может иметь другое значение и являться характеристикой как работодателя, так и органа-посредника как субъектов устраивающих на работу.

Нельзя не отметить нелогичность ст. 16 ТК РФ, которая содержит следующую формулировку: «Трудовые отношения возникают между работником и работодателем на основании трудового договора, заключаемого ими в соответствии с настоящим Кодексом». С учетом предложенного нового термина текст данной статьи должен звучать следующим образом: «Трудовые отношения возникают между лицом, ищущим работу, и работодателем на основании трудового договора, заключаемого ими в соответствии с настоящим Кодексом...». Такой вариант более точно отражает суть статьи. Если трудовой договор не заключен, то «работника» в силу ст. 20 ТК РФ по общему правилу нет. По рассматриваемой причине из текста абз. 2 ст. 3 ТК РФ «Никто не может быть ограничен в трудовых правах и свободах или получать какие-либо преимущества независимо от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, социального и должностного положения, возраста, места жительства, отношения к религии, политических убеждений, принадлежности или непринадлежности к общественным объединениям, а также от других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работника» следует исключить термин «работника» и текст сформулировать следующим образом: Никто не может быть ограничен в трудовых правах и свободах или получать какие-либо преимущества независимо от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, социального и должностного положения, возраста, места жительства, отношения к религии, политических убеждений, принадлежности или непринадлежности к общественным объединениям, а также от других обстоятельств, не связанных с его деловыми качествами.

Также следует отметить, что ст. 11 ТК РФ вступает в противоречие со ст. 1 ТК РФ, поскольку законодатель говорит о том, что ТК РФ, законы и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права, распространяются на всех работников, заключивших трудовой договор с работодателем. Законодатель исключает, таким образом, иные тесно связанные с трудовыми отношениями, подлежащие регулированию трудовым законодательством России. Представляется необходимым внести изменения в абзац 1 ст. 11 ТК РФ, дополнив его словами: «Настоящий Кодекс, законы и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права, распространяются на всех

работников, заключивших трудовой договор с работодателем, а также на иных субъектов трудового права, участвующих в отношениях, регулируемых настоящим кодексом».

Представляется, что часто употребляющийся термин «гражданин» как в нормах права⁶, так и в научной литературе не является синонимом термину работник или лицу, получающему работу, и, соответственно, не всегда применимым, поскольку в соответствии со ст. 11 ТК РФ на территории Российской Федерации правила, установленные настоящим Кодексом, законами, иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, распространяются также на трудовые отношения иностранных граждан, лиц без гражданства, если иное не предусмотрено федеральным законом или международным договором Российской Федерации. Анализируя ст. 1 и ст. 11 ТК РФ, приходим к двойственному выводу, что либо абз. 1 ст. 1 ТК РФ сформулирован неправильно, либо законодатель специально подчеркивает, что в РФ государственные гарантии защиты трудовых прав и свобод устанавливаются только для граждан РФ, а в отношении иных субъектов, могущих выступать работниками и указанных в ст. 11 РФ, осуществляет только защиту трудовых прав и интересов, но последнее положение подтверждается нормами Конституции РФ, законодательными и иными подзаконными нормативными актами, регулирующими отношения по занятости⁷. Поэтому в отношениях по трудоустройству, понимаемому в широком смысле, осуществляемому как часть мероприятий по социальной поддержке, термин «гражданин» является приемлемым. Следует также оговориться о возможном употреблении термина «работник» в отношениях по трудоустройству в словосочетании «возможный работник», подразумевая при этом, что лицо, ищущее работу, является кандидатом на занятие конкретной вакантной должности.

¹ Курс российского трудового права / Под ред. Е.Б.Хохлова, СПб., 1996. Т. 1. С. 254.

² Скобелкин В.Н. Трудовые отношения. С. 167.

³ Курс российского трудового права. Т. 1. С. 255.

⁴ Там же. Т. 2. С. 409.

⁵ Кулакова С.В. Некоторые вопросы трудоустройства в РФ: автореф. дис. ... канд. юр. наук, М., 2003. С. 20.

⁶ См. например: ст. 1 ТК РФ: «Целями трудового законодательства являются установление государственных гарантий трудовых прав и свобод граждан ...»

⁷ См. например: статьи 2, 19 Конституции РФ, Преамбула Закона РФ №1032-1 от 19 апреля 1991 г. «О занятости населения в Российской Федерации», Преамбула и ст.1 Порядка регистрации безработных граждан, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 22 апреля 1997 г. № 458.

VI. УГОЛОВНОЕ ПРАВО, ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР И КРИМИНОЛОГИЯ

Г.М. Билык

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ О ПРОФИЛАКТИКЕ НАРКОМАНИИ И НЕКОТОРЫХ ИЗМЕНЕНИЯХ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В СФЕРЕ НЕЗАКОННОГО ОБОРОТА НАРКОТИЧЕСКИХ СРЕДСТВ И ПСИХОТРОПНЫХ ВЕЩЕСТВ

Ситуация с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ в Российской Федерации остается, к сожалению, достаточно сложной. Она остается криминальным бизнесом, остающимся в кругу интересов организованной преступности и фактором криминогенного характера, поскольку даже сами незаконные потребители неизбежно совершают преступления не только в сфере незаконного оборота, включая приобретение, хранение, потребление, но и корыстные, а также корыстно-насильственные посягательства в целях получения средств для приобретения наркотических средств и психотропных веществ.

Кардинальное изменение неблагоприятной ситуации в настоящее время возможно при использовании субъектами профилактики мер и возможностей в двух основных направлениях.

Первое – это меры, относимые в криминологии к общим, которые «воздействуют на всю систему преступности, её детерминанты, личность совокупного субъекта всех преступлений по основным показателям. Этот уровень может быть федеральным, региональным, местным. Сюда относятся усилия общества по совершенствованию общественно-экономических отношений, политической сферы, повышения социальной активности и ответственности всех членов общества и, как следствие, получение возможности активного влияния на формирование и последующее поведение нравственно полноценной личности, всей личностной системы ценностей, исключающей пассивность, безынициативность, праздность. Сюда можно отнести усилия по подготовке детей, молодых людей к самостоятельной жизни, труду, семейной жизни, ответственности за выбор ценностной шкалы жизни и свои поступки, их последствия. При этом должно быть сформировано осознанное и заинтересованное отношение не только к личному времяпровождению, но и блоки интересов и потребностей, соответствующей мотивации, которые приведут к необходимой профессиональной ориентации, стремлению в будущем к повышению профессионального уровня, нравственному и физическому здоровью. В этом случае неизбежно придет понимание, прогнозирование, оценка рисков влияния сомнительных «друзей», ценностей на весь комплекс жизнедеятельности.

Иными словами, необходимо создание условий для нормального формирования личности с социально-активной жизненной позицией каждого молодого человека, принимая во внимание, что проблема наркомании – это, прежде всего, явление молодежное.

Следовательно, для достижения успешного предупреждения уродливого формирования личности, необходимо создавать и обеспечивать благоприятные условия развития, которые не могут быть абсолютно одинаковыми в силу различных факторов, включая и имущественное расслоение общества. Но требуется выработать какой-то минимум критериев, достаточных условий для достижения цели нормального формирования личности, используя оптимальные меры контроля и арсенал средств реагирования, что будет сопряжено с существенными материальными затратами, дополнительными расходными статьями бюджета. Эти средства могут быть получены за счет изыскания дополнительных источников налогообложения, например лиц, доходы которых превышают пятьсот тысяч рублей в месяц, снизив до разумных пределов заработные платы чиновников, их пенсии. При этом могут быть созданы субъекты действенного социального контроля за рациональным расходованием бюджетных средств. Надо исключить их «распилы», иное разворовывание, в том числе за счет «откатов» и т. п. Разумеется, все это должно происходить на фоне улучшения инвестиционного климата, расширения сферы производства востребованных и конкурентно-способных товаров, создания новых рабочих мест, достойной оплаты труда.

Весьма актуальным является создание комплексного подхода к формированию личности. Назрела проблема укрепления семьи, как основного института общества по формированию личности. Необходимо срочное обеспечение реальной возможности матерям заниматься детьми, их надлежа-

щим воспитанием, с компенсацией затрат, материальной поддержки, без длительного включения в трудовые отношения, обеспечения преемственности усилий семьи, дошкольных учреждений, школы и других субъектов воспитания может стать, если не гарантом, то залогом успешного перспективного решения проблемы наркотизации и алкоголизации молодежи.

В России есть уже примеры положительного решения проблемы молодежного досуга на уровне субъекта федерации, когда за счет рационального расходования бюджетных средств строятся спортивно-оздоровительные комплексы, где дети, молодые люди, подростки, имеют возможность цивилизованно общаться, совершенствоваться физически, нравственно, избегать сомнительного влияния склонения к противоправным деяниям.

Все это отразилось на уровне, динамике, структуре правонарушений, включая преступления, связанные с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ. Учитывая положительный опыт в нашей стране и достижения других стран, представляется актуальным принятие действенной государственной программы, обеспечив её эффективность за счет активизации социального контроля. Принятие такой стратегической программы на федеральном и развитие на других уровнях, несмотря на кажущуюся её расточительность, в перспективе, окажется более эффективным средством предупреждения наркомании, преступности, по сравнению с уголовно-правовым принуждением. И это, в свою очередь, весьма положительно скажется на предупреждении первичной преступности среди несовершеннолетних. При этом уменьшится количество деликтов, связанных с потреблением наркотических средств и психотропных веществ, что положительно скажется на смертности населения и молодежи, прежде всего, укреплении экономики и обороноспособности страны. Соответственно, уменьшение, а, тем более исчезновение спроса на наркотические средства и психотропные вещества или даже снижение его, приведет к утрате интереса к данному виду преступного бизнеса, так как он, по выражению К. Маркса, «боится отсутствия прибыли, как природа боится пустоты». Отсутствие же массового спроса произойдет в силу психологической защищенности молодежи за счет осознанной мотивации своих действий. Нечто подобное наблюдается и сегодня, когда основная масса людей в стране сознательно не потребляет наркотики в силу осознанного выбора линии поведения в пользу имеющихся социально-приемлемых интересов, потребностей, ценностных ориентаций и установок.

Второе направление борьбы с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ, наркотизацией населения, усматривается в международном сотрудничестве, выраженном в соответствующих конвенциях и воплощенном в национальном законодательстве конкретных стран. По-существу, это вариант ограничительного и принудительного воздействия на сознание и волю людей. Он иногда дает результат, но, как известно, запретный плод сладок... Но пока наше общество не может обойтись без подобного регулирования.

По этой причине результаты подобного воздействия на конкретного человека весьма скромны, оказываясь не достаточно эффективным и расточительными для бюджета, поскольку сопряжены с содержанием большого количества специалистов в правоохранительной системе, уголовно-исполнительных служб и т.п. В конечном итоге, происходит нерациональное использование бюджета, отвлечение сил и средства от решения иных серьезных социально-значимых проблем.

Было бы ошибкой игнорировать и иные побочные негативные последствия изложенного направления. Например, снижение или утрату доверия к властным структурам, их представителям и, как естественная реакция – пессимизм, скептическое отношение к соответствующим решениям, апатия, снижение уровня социальной активности населения или какой-либо его части, неизбежное увеличение рецидива преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ. Тем более, что в настоящее время, в условиях высокого уровня коррумпированности чиновников Российской Федерации, активности и степени влияния организованной преступности на социально-экономические и иные процессы в обществе, достаточно сложно обеспечить нормальную социализацию лиц, подвергавшихся уголовно-правовому принуждению, а сама изоляция от общества, как показывает практика, малоэффективна.

Вместе с тем, не следует совсем исключать или принижать роль и значение мер принудительного воздействия на современном этапе развития общества, как разновидности реакции на совершаемые посягательства в отношении объектов уголовно-правового воздействия, которые одновременно можно рассматривать и как меры специальной профилактики. Хотя, как уже отмечалось, они по своей сути и последствиям менее результативны, поскольку уровень специального рецидива остается высоким. По этой причине всякие меры государственного принуждения, являясь вынужденными,

независимо от их направленности, заведомо представляют собой запоздалую реакцию на уже совершенный деликт или преступление, объективно способные, в большей степени, влиять на сознание законопослушной части населения. Они не в состоянии предотвратить уже совершенное правонарушение преступление, а, между тем, всякое превентивное воздействие должно преследовать цель не допустить противоправного деяния, его последствий, если речь идет о материальном составе преступления.

И все-таки совершенствование уголовного законодательства остается актуальной задачей нормотворчества. Его полнота, степень учета обстоятельств объективного и субъективного порядка, разумность в использовании принципа экономии уголовной репрессии и адекватности ответственности в зависимости от характера и степени общественной опасности деяния. Они всегда будут в центре уголовно-правового нормотворчества и использоваться как средство превентивного воздействия, несмотря на их вторичность как средства предупреждения преступности.

Федеральным законом от 01.03.2012 года №18 внесен ряд существенных изменений в действующее уголовное законодательство, направленных на противодействие противоправному обороту наркотических средств и психотропных веществ, часть из которых являются новеллами применительно к преступлениям против здоровья населения и общественной нравственности.

Если ранее уголовная ответственность по ст. 228 УК РФ наступала только за незаконные деяния, связанные с оборотом наркотических средств, психотропных веществ и их аналогов, то с 01.01.2013 года она будет возможна и в случаях противоправных действий с использованием растений либо частей растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества. Криминализированы и незаконные аналогичные действия с прекурсорами наркотических средств, а равно растений и частей растений, содержащих прекурсоры наркотических средств и психотропных веществ. Впервые введена уголовная ответственность за незаконное производство, сбыт или пересылку прекурсоров, а также незаконный сбыт или пересылку растений или частей растений, содержащих прекурсоры наркотических средств или психотропных веществ. Данное нововведение достаточно актуально в силу того, что до настоящего времени фактические соучастники незаконного изготовления или производства наркотических средств, психотропных веществ, изготовители и поставщики прекурсоров могли избегать уголовной ответственности, а это расценивалось как стимул к совершению новых преступлений.

К числу нововведений относится и введение в ст. 228 УК РФ такого конструктивного признака как «значительный размер». В ныне пока существующей редакции уголовная ответственность наступает при установлении только крупного размера, а все, что не отнесено Постановлением Правительства РФ №76 от 07.02.2006 г. (с последующими изменениями) к данному размеру, расценивалось как административный деликт. Таким образом, и здесь прослеживается тенденция на усиление ответственности.

В п. «б» ч. 3 ст. 2281, и в п. «д» ч. 2 ст. 229 УК РФ значительный размер уже расценивается, как квалифицирующее обстоятельство.

Положительным изменением законодательства следует признать установление наконец-то уголовной ответственности за хищение наркотических средств в особо крупном размере. Этот вопрос был предметом недоумения и дискуссий не только в научных кругах, но и среди практических работников. Основанием к этому была парадоксальная ситуация в уголовном законе, когда ответственность за хищение, например, 0,002 г. альфентанила или 0,1 г. морфина, входящих в список 2 Постановления Правительства №76, и хищение тонны соответствующего наркотического средства влекло одинаковую ответственность как за крупный размер. В настоящее время крупным признается, соответственно: 0,15 г. и 0,5 г. Поэтому не случайно профессор Гишинский Я.И. писал: « Создается впечатление, что закон был лоббирован отечественной и/или международной наркомафией». (Криминология. Курс лекций. С-Петербург, Москва, Харьков, Минск. 2002 г. С. 272). Он подразумевал 3-ФЗ от 08.01.1998 года, но сказанное им можно в полной мере интерпретировать и применительно к действующей еще редакции ст. 229 УК РФ.

подавляющее количество наркотических средств и психотропных веществ доставляются в Россию контрабандным путем, поэтому логически правильным и практически необходимым было выделить этот вид преступной деятельности в отдельный состав преступления, тем более, что родовый объект посягательства в данном случае не экономическая деятельность, как это вытекало из ст. 188 УК РФ, а здоровье населения и общественная нравственность.

Ст. 2291 УК РФ, создан дополнительный барьер для внешней наркотической экспансии. Установлена ответственность за контрабанду наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров или аналогов, растений или их частей, если они содержат наркотические средства, психотропные вещества или их прекурсоры, равно как и инструментов, оборудования, находящихся под специальным контролем и используемых для изготовления наркотических средств или психотропных веществ. Впервые закон установил, что за совершение таких преступлений, при наличии соответствующих особо квалифицирующих признаков, может быть назначено пожизненное лишение свободы. Но здесь законодатель предусмотрел и альтернативные виды наказаний, что в условиях высокой коррупции и платежеспособности организованной преступности позволит легко преодолевать суровость закона, причем, с незначительными для неё материальными издержками. Получается, что потенциальная жесткость наказания, которая должна нести превентивную нагрузку, может быть нейтрализована.

Учитывая современное состояние преступности, её вариации, законодатель расширил круг действий, составляющих объективную сторону преступлений, предусмотренных ст. 2281 УК РФ. С одной стороны, приводится перечень мест, где сбыт наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, расценивается как квалифицированное преступление (следственные изоляторы, исправительные учреждения, административные здания, сооружения административного назначения, образовательные учреждения, объекты спорта, практически все виды транспорта, помещения для развлечения и досуга), а с другой - сбыт с использованием современных средств массовой информации либо электронных или информационно-телекоммуникационных сетей (включая «Интернет»). За данный вид преступной деятельности установлена максимальная санкция в виде лишения свободы на срок более 10 лет, а это значит, что в соответствии со ст. 15 УК РФ преступление относится к особо тяжким, со всеми последствиями, вытекающими из действующего законодательства, несущими определенную превентивную нагрузку. С этой, вероятно, целью изменены и санкции в ряде статей гл. 25, где увеличены низшие и максимальные сроки лишения свободы.

Принимая во внимание опасность склонения к потреблению наркотических средств и психотропных веществ, законодатель изменил санкции всех трех частей ст. 230 УК РФ в сторону увеличения срока лишения свободы. И, если в ч. 1 изменения коснулись изменения низшего предела до 3-х лет (в старой редакции, практически от 2-х месяцев (ст. 56 УК РФ) до 5 лет, то в новой редакции – от 3-х., а в двух других частях данной статьи увеличен не только минимальный, но и максимальный срок лишения свободы. Соглашаясь в целом с практической необходимостью усиления репрессивной составляющей и возможностью её некоторого профилактического воздействия, не следует относиться к лишению свободы как к панацее. Все-таки более перспективным направлением представляется работа в раннем возрасте с детьми их родителей, дошкольных учреждений, которые могут элементарно объяснить, что есть предметы, которые исключительно опасны для людей и их не случайно запрещают иметь и использовать без специального разрешения. В данном отношении перспективным является направление с грамотным использованием средств массовой информации. К сожалению, современные выпускники средних школ и даже студенты младших курсов, по итогам опроса, показали отсутствие знаний о существующем запрете потребления наркотических средств или психотропных веществ. В целях информированности молодежи и подростков, уже в школе необходимо разъяснять содержание ст. 40 Федерального закона №3 от 08.01.1998 г., где закреплено положение о запрете потребления в Российской Федерации наркотических средств и психотропных веществ без назначения врача. Несоблюдение данного запрета является административным деликтом, подпадающим под признаки деяния, предусмотренного ст. 6.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Лицо, нарушившее данный закон, с 01.01.2013 г. может быть оштрафовано на сумму от 4 до 5 тысяч рублей (ранее был штраф от 500 до 1 тысячи рублей) или подвергнуто аресту на срок до 15 суток. А в случае, если субъект правонарушения является лицом без гражданства или иностранным гражданином, то он также будет оштрафован на ту же сумму, что и гражданин России либо арестован на срок до 15 суток, с последующим административным выдворением за пределы Российской Федерации.

Необходимость такой меры как административное выдворение за пределы Российской Федерации очевидна и давно назрела. Человек, приехавший в другую страну должен уважать её законы, а если этого не делает, то страна должна показать, что она уважает своих граждан, собственные законы и способна действовать в своих национальных интересах.

КЛАССИФИКАЦИЯ ВИДОВ ЭКОЛОГИЧЕСКИХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

В механизме правового обеспечения экологической безопасности, охраны окружающей среды и рационального использования природных ресурсов значимое место занимает борьба с нарушениями экологического законодательства и особенно их предупреждения. Для этого действует так называемый институт юридической ответственности, закрепленный в российском законодательстве.

Конституция РФ в статье 9 говорит о том, что земля и другие природные ресурсы используются и охраняются как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории¹. В то же время сложившаяся экологическая обстановка в стране характеризуется серьезными кризисными явлениями.

Российское государство усиливает свое внимание к проблеме укрепления экологического правопорядка. В Стратегии национальной безопасности Российской Федерации среди важнейшего в национальные интересы России включена «экология живых систем и рациональное природопользование, поддержание которого достигается за счет сбалансированного потребления, развития прогрессивных технологий и целесообразного воспроизводства природноресурсного потенциала страны»². При этом особо отмечается, что обеспечение национальной безопасности в сфере экологии становится актуальным направлением деятельности государства и общества. В Уголовном кодексе РФ экологическим преступлениям посвящена целая глава (гл. 26). В ней содержатся 17 статей преступлений, отнесенных к разряду экологических (ст. 246–262)³.

Все эти составы можно классифицировать в зависимости от объекта посягательства на следующие виды:

1. Экологические преступления общего характера (без указания конкретного объекта окружающей среды): ст. 246–249 УК РФ.

2. Экологические преступления с указанием природного объекта, которые в свою очередь подразделяются:

– на основные природные объекты (загрязнение вод, атмосферы, морской среды, нарушение законодательства РФ о континентальном шельфе и об исключительной экономической зоне РФ, порча земли и нарушение правил охраны и использования недр) – ст. 250–255 УК РФ;

– в области охраны и рационального использования животного мира (фауны) и растительного мира (флоры) – ст. 256 – 262 УК РФ.

Помимо перечисленных статей главы «Экологические преступления», существуют статьи и в других главах Уголовного кодекса РФ, связанные с элементами окружающей природной среды. В главе «Преступления против мира и безопасности человечества» введен совершенно новый состав преступления «экоцид» (ст. 358). Диспозиция данной статьи предусматривает «массовое уничтожение растительного или животного мира, отравление атмосферы или водных ресурсов, а также совершение действий, способных вызвать экологическую катастрофу». В главу «Преступления против здоровья населения и общественной нравственности» также включены смежные с экологическим составы преступлений: ст. 234 (незаконный оборот сильнодействующих или ядовитых веществ в целях сбыта), ст. 236 (нарушение санитарно-эпидемиологических правил), ст. 237 (сокрытие информации об обстоятельствах, создающих опасность для жизни или здоровья людей), ст. 238 (производство, хранение, перевозка либо сбыт товаров и продукции, выполнение работ или оказание услуг, не отвечающим требованиям безопасности), ст. 243 УК РФ (уничтожение или повреждение памятников истории и культуры).

В главе «Преступления против общественной безопасности» имеются составы преступлений, которые правомерно назвать экологическими: ст. 215 (нарушение правил безопасности на объектах атомной энергетики), ст. 215.2 (приведение в негодность объектов жизнеобеспечения), 216 (нарушение правил безопасности при ведении горных, строительных или иных работ), ст. 217 (нарушение правил безопасности на взрывоопасных объектах), ст. 219 (нарушение правил пожарной безопасности) и ст. 220 УК РФ (незаконное обращение с ядерными материалами или радиоактивными веществами).

Принято считать, что в качестве объекта уголовно-правовой охраны окружающая среда и ее компоненты по законодательству РФ выступает с 19 века. В целом, можно согласиться с этим утверждением, но отметим, что

1. нормы об ответственности за преступления, которые теперь называются экологическими, встречались и раньше и

2. законодателем они признавались посягательствами против собственности⁴.

По мнению экспертов, латентность преступлений в сфере экологии составляет 97–99 %.

Пленум Верховного Суда РФ в своем постановлении №14 от 05.11.1998г. «О практике применения судами законодательства об ответственности за экологические правонарушения»⁵ отметил высокий характер общественной опасности экологических преступлений, обусловленный тем, что объектом их посягательства являются стабильность окружающей среды и природноресурный потенциал, а также гарантированное ст. 42 Конституции право каждого на благоприятную окружающую среду.

Отличительным признаком экологических преступлений является их предмет. Окружающая природная среда в целом и компоненты природной среды (земля, недра, почвы, поверхностные и подземные воды, атмосферный воздух, растительный и животный мир и иные организмы, а также озоновый слой атмосферы и околоземное космическое пространство) могут являться предметом экологического правонарушения.

Природные объекты характеризуются тремя признаками, которые позволяют отличить их от социальных объектов:

1. их естественное происхождение;
2. экологическая зависимость от окружающей природной среды;
3. социально-экологическая ценность для общества и человека.

Поэтому не могут быть предметом экологических преступлений, которые не отвечают данным объектам: домашние животные, культурные насаждения и т.д.

Объективная сторона экологического правонарушения характеризует внешнее выражение процесса незаконного посягательства на природную среду. В целом, ее образуют следующие признаки:

- 1) нарушение экологических правил путем деяния;
- 2) причинение вреда экологическим интересам личности, общества или государства либо создание реальной опасности такого вреда;
- 3) наличие причинной связи между экологически опасным деянием и наступившими последствиями в виде причинения вреда окружающей среде или здоровью человека.

Безусловно, перечисленные нормы не охватывают всех возможных противоправных посягательств на окружающую среду. Следует отметить, что не все экологические правонарушения и преступления выделены по признакам в статьях, посвященных экологическому законодательству. Поэтому следует иметь в виду, что целый ряд статей, как Уголовного кодекса РФ, так и КоАП РФ регламентирует ответственность за совершение определенных действий, последствия которых могут иметь экологическое значение, хотя в диспозиции об этом не упоминается.

¹ Конституция РФ. М., 2009. С. 6.

² Стратегия национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года /Собрание законодательства РФ. 18.05.2009. №20. Ст. 2444.

³ Уголовный кодекс РФ. М., 2012. С. 106–113.

⁴ Соборного уложения (1649) // Отечественное законодательство XI–XX веков: сб. М., 2000. Ч. 1: XVII век. С. 107.

⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ №14 «О практике применения судами законодательства об ответственности за экологические правонарушения» от 05.11.1998 г. // Сборник постановлений Пленумов Верховного Суда РФ (СССР, РСФСР) по уголовным делам. М., 2000. С. 235.

М.С. Гринберг

Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского, г. Омск

УГОЛОВНОПРАВОВАЯ ЗНАЧИМОСТЬ ПСИХОФИЗИОЛОГИЧЕСКИХ ВОЗМОЖНОСТЕЙ ЧЕЛОВЕКА

Научно-технический прогресс и сопутствующее ему лавинообразное увеличение информации делают в высшей степени острой проблему ее полного и правильного усвоения. Система сведений,

обеспечивающих выполнение общественных функций, становится все более сложной. В такой же мере усложняются и структура личности, обязанной воспринимать и использовать эти сведения, а также условия, в которых происходит то и другое. Все эти факторы, действуя порознь или в сочетании друг с другом, делают вероятными ошибочные решения, приводящие на данном этапе развития техники к тяжелым, невосполнимым потерям. Это определяет уголовно-правовое значение психофизиологических способностей человека, обеспечивающих выполнение соответствующих обязанностей.

Развитие культуры, углубившее и сделавшее более определенными представления о психофизиологических возможностях человека, позволило выдвинуть и уточнить критерии способности лица успешно выполнять ту или иную социальную роль, а вместе с тем предвидеть и предотвращать общественно опасные последствия ненадлежащего отправления действий, входящих в содержание соответствующей роли. Начало этому процессу было положено установлением возрастного предела, с которого становилась возможной уголовная ответственность.

К факторам, лишаящим лицо возможности предвидеть и предотвращать общественно опасные последствия своего действия или бездействия, относится и невменяемость. Если в определенный период понятие невменяемости связывалось лишь с медицинским критерием – с состоянием безумия (ст. 64 Уголовного кодекса Франции 1810 г.), то со второй половины XIX в. в уголовное законодательство наряду с медицинским вводится и психологический критерий невменяемости, который вначале касался лишь пороков интеллекта, а позднее стал затрагивать и пороки воли.

В основе отмеченных процессов (повышение возраста уголовной ответственности; расширение представлений о признаках, лишаящих человека способности сознавать значение совершаемых действий и предвидеть их общественно опасные последствия) лежат:

1) усложнение содержания и темпов общественной жизни – процессы, с которыми легко справлялся дебильный, по нашим сегодняшним представлениям, средневековый ремесленник, оказываются не по силам рабочему современному предприятию с гораздо менее выраженными пороками душевной деятельности; 2) улучшение диагностики патологии нервных и психофизиологических функций человека; 3) повышение культуры права.

Очевидна зависимость между объемом признаков, с которыми законодатель связывает наличие субъекта преступления, и «протяженностью» субъективной стороны преступного деяния – чем шире перечень признаков, исключающих субъект преступления, тем уже пределы судебной оценки способности лица осознавать значение своих действий и руководить ими. Иными словами, отношение между признаками, характеризующими субъект преступления и субъективную сторону преступления, есть отношение между устойчивыми, формально-определенными в законе представлениями о способности лица предвидеть и предотвращать общественно опасные последствия своего поведения и оценочным суждением об этих способностях, относящимся к компетенции суда.

Рассуждая абстрактно, можно утверждать, что для решения вопроса о способности лица ориентироваться в некоторой ситуации и определенным образом воздействовать на нее, достаточно изучить особенности этой ситуации и сопоставить последние с психическим отношением к ним данного лица, т.е. обойтись оценочными критериями, «заложеными» в характеристику субъективной стороны («должен был» и «мог предвидеть общественно опасные последствия своего действия или бездействия»). Однако закон не идет по этому пути – фиксируются (а) возраст, до достижения которого лицо признается неспособным отдавать себе отчет в своих действиях и руководить ими, и (б) душевные недуги, лишаящие его такой способности.

Соответствует ли, однако, указанный перечень потребностям практики на сегодня? Ответить утвердительно на этот вопрос можно было бы лишь при одном из следующих условий: а) если бы среда, к требованиям которой приспособилась за долгие годы эволюции психика человека, не претерпела в течении последних 50–100 лет значительных изменений из-за включения в нее экстремальных (крайних) процессов; б) если бы эти изменения сопровождались адекватными изменениями психофизиологических качеств человека.

В действительности же условия, в которых живут и работают люди, за указанный период резко изменились – стали гораздо более сложными, а психические способности людей остались в общем и целом такими же, какими были 100, 1 000 и 10 000 лет назад. А потому приходится считаться с тем, что у органов управления современной машиной (технологическим процессом) может оказаться человек, вменяемый в традиционном значении этого слова, но не способный действовать свободно в сложных производственных условиях.

Та или иная работа может требовать не только быстроты восприятия, мгновенной реакции и т.д., но и такой остроты зрения (слуха, обоняния и т. п.), которой обладает далеко не каждое лицо.

Естественно, что какую-то часть производственно важной ситуации лицо, не обладающее нужными качествами, не усвоит или усвоит искаженно. Таким образом, способность человека отдавать себе отчет в своих действиях и (или) руководить ими может отсутствовать и в результате неполного развития сознания и воли, и вследствие психического расстройства, и в результате экстремального («патологического») состояния внешней среды, и в силу таких пороков его рецепторных, моторных и иных психофизиологических качеств, которые, не делая его невменяемым (дальтонизм, отсутствие обоняния и т. п.), исключают его адекватное поведение в определенных условиях.

Профессиональная способность, содержащая в качестве своих компонентов легко преобразующиеся свойства личности, может изменяться и совершенствоваться. Для совершенствования же, связанного с более стойкими компонентами, перспектив может и не быть. Установлена, например, непригодность для таких профессий, как шофер, водитель локомотива, летчик и др., лиц с резко выраженной эмоциональной возбудимостью, а также с замедленной возбудимостью.

Оставляя в стороне вопрос о принципиальной и практической преодолемости таких ограничений, подчеркнем реальность ситуаций, при которых за пультом управления технической системы может оказаться лицо, объективно неспособное обеспечить нормальное, в частности безопасное, функционирование системы. Иными словами, в усложненных условиях такое лицо оказывается неспособным отдавать себе отчет в своих действиях и (или) руководить ими, и в этом плане оно уподобляется невменяемому в традиционном значении слова.

Таким образом, способность лица отдавать себе отчет в своих действиях и руководить ими уже не может рассматриваться как нечто однозначное, внутренне недифференцированное, а должна делиться на общую (способность к адекватному поведению в обычных условиях) и специальную (способность к такому же поведению в условиях нервно-психологических перегрузок), а неспособность лица отдавать отчет в своих действиях и руководить ими - на общую и специальную невменяемость.

Наличие состояния, определяемого нами как «специальная невменяемость», требует поставить вопрос о ее месте в ряду признаков состава преступления. Отсутствие у лица психофизиологических качеств, необходимых для успешного решения сложных производственных задач, а точнее, требуемых для поддержания режима безопасности в сфере взаимодействия человека и техники, выравнивает его положение с положением лица, не достигшего установленного возраста либо страдающего душевным заболеванием.

Полное и детальное, качественное и количественное описание в нормативных актах психофизиологических качеств, необходимых для успешного выполнения функций операторов технических систем, а равно факторов, снижающих или устраняющих такие качества, наличие методик, позволяющих уверенно судить о наличии или отсутствии этих качеств, обосновывает отнесение последних к признакам, характеризующимся формальной определенностью и относящимся в силу этого к субъекту преступления. Такое решение вопроса не только соответствует принципу, положенному в основу причисления признаков преступного деяния к признакам, характеризующим субъект преступления, но и способствует совершенствованию уголовно-правовой охраны отношений общественной безопасности в сфере взаимодействия человека и техники: острое уголовной репрессии нацеливается на поведение, дезорганизующее функционирование общественной подсистемы, «ответственной» за включение в управление техническим устройством надежного персонала. По мере развития и совершенствования этой подсистемы и отношений общественной безопасности в целом предлагаемое решение станет не только целесообразным, но и единственно возможным.

Г.Д. Иванов

Пермский институт ФСИИ России, г. Пермь

ПРОБЛЕМЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДА ОСУЖДЕННЫХ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В России, начиная с 1649 г. и по настоящее время, активно используется труд осужденных. В соответствии со ст. 103 Уголовно-исполнительного кодекса РФ каждый осужденный к лишению свободы обязан трудиться в местах, определяемых администрацией исправительных учреждений.

Особенности правового регулирования труда осужденных долгое время привлекают внимание специалистов и экспертов в области как трудового, так и уголовно-исполнительного права. Вместе с тем суждения теоретиков и практиков по вопросу о том, нормами какой отрасли права регулируется труд осужденных, расходятся.

Так, В.Г. Малов полагал, что в этой сфере действует только уголовно-исполнительное право, допускающее, в предусмотренных им случаях и пределах, использование законодательства о труде. Аналогичного мнения придерживался Л.Я. Гинцбург, полагавший, что осуждённый состоит с исправительно-трудовым учреждением не в трудовом, а в уголовно-исполнительном правоотношении.

Часто исключаются рассматриваемые отношения из сферы действия трудового права и в настоящее время. Так, по мнению И.В. Алениной, формируется отлагательное суждение, о том, что трудовые отношения лиц, осуждённых к лишению свободы, лишены добровольности принятия обязательств на основе договорённости с работодателем.

Уточняя ее (позицию), А.В. Губенко отмечает, что регулирование труда осуждённых должно осуществляться посредством применения норм трудового права, учитывая особенности правового статуса лица, отбывающего наказание.

Указывая на аспект принуждения в трудовом договоре между осуждённым и работодателем, И. В. Аленина, подразумевает обязательность труда. Между тем труд лиц, отбывающих уголовное наказание, признаётся принудительным ни международным, ни российским законодательством. Обязательность труда осуждённых предусмотрена п. 2 ст. 71 Минимальных стандартных правил обращения с осуждёнными, а в п. 3 ст. 8 Международного пакта о гражданских и политических правах.

Вместе с тем работа, которые выполняют лица, находящиеся в заключении, на основании распоряжения суда, не относится к категории принудительного или обязательного труда. В ст. 4 Трудового кодекса РФ указано, что принудительный труд не включает в себя работу, выполняемую вследствие вступившего в законную силу приговора суда под надзором государственных органов, ответственных за соблюдение законодательства при исполнении судебных приговоров.

Отсутствие добровольности при заключении трудового договора имеет место и для лиц, осуждённых к исправительным работам, а также при назначении наказания в виде лишения права занимать определённые должности или заниматься определённой деятельностью, когда работник вынужден увольняться с занимаемой должности и находить себе работу более подходящую. Однако в случаях представленных выше юристы не сомневаются как в характере трудового регулирования отношений, так и в возникающих при осуществлении трудовой деятельности.

Согласно ст. 17 Федерального закона РФ «Об учреждениях и органах, исполняющие уголовные наказания в виде лишения свободы», такие учреждения и органы привлекают осуждённых к оплачиваемому труду с учетом трудоспособности и, по возможности, специальности:

- 1) в центрах трудовой адаптации осуждённых и производственных (трудовых) мастерских учреждений, исполняющих наказания;
- 2) на федеральных государственных унитарных предприятиях уголовно-исполнительной системы;
- 3) на объектах организаций любых организационно-правовых форм, расположенных на территориях учреждений, исполняющих наказания, и вне их;
- 4) по хозяйственному обслуживанию учреждений, исполняющих наказания, и следственных изоляторов.

В соответствии с п. 1 Примерного Положения о центре трудовой адаптации осуждённых или учебно-производственной (трудовой) мастерской учреждения, исполняющего уголовные наказания в виде лишения свободы, являются структурными подразделениями учреждений, исполняющих наказания, и, следовательно, не могут являться работодателем.

Из всех прав и обязанностей работодателя, предусмотренных ст. 22 Трудового кодекса РФ, трудовая характер носят лишь требования п. 26 Положения, обязывающие центр трудовой адаптации, мастерскую, осуществлять контроль над осуждёнными, выполняющими трудовой договор, создавать необходимые условия их труда, соответствующие правилам охраны труда, технике безопасности и производственной санитарии. Иных прав и обязанностей центр трудовой адаптации, мастерская, не имеют, следовательно, трудовой правосубъектностью не обладают.

Представляет особый теоретический и практический интерес определение трудового статуса работника – осуждённого, и работодателя, с которым он состоит в трудовых отношениях. Трудовой статус осуждённого носит комплексный характер, а точнее социально-трудовой и иные частные. Это обусловлено тем, что на него распространяют своё действие нормы как уголовно-исполнительного, так и трудового права. При этом его трудовой статус тесно переплетается со статусом осуждённого, поскольку уголовно-исполнительным законодательством на осуждённого возлагается обязанность трудиться. Он реализует свои трудовые права и исполняет свои трудовые обязанности с ограничениями, предусмотренными нормами уголовно-исполнительного законодательства.

В этой связи возникает вопрос о том, кто же выступает работодателем в трудовых отношениях лиц, осуждённых к лишению свободы. Центры трудовой адаптации и производственные мастерские, как отмечалось, являются структурными подразделениями учреждений, исполняющих наказания. Поэтому в качестве работодателей они выступать не могут. Работодателем будет являться соответствующее учреждение, исполняющее наказание.

Следственный изолятор, согласно п. 1.4 Положения о следственном изоляторе, является юридическим лицом. Федеральные государственные унитарные предприятия уголовно-исполнительной системы, организации любых организационно-правовых форм, расположенные на территориях учреждений, исполняющих наказания, и вне их, на объектах которых трудятся осуждённые, хотя и являются юридическими лицами, не могут выступать в качестве работодателей.

Среди всех споров, возникающих в связи с трудовой деятельностью осуждённых, УИК РФ прямо предусматривает в ст. 104 лишь споры, возникающие по поводу решения администрации исправительного учреждения об исключении из трудового стажа осуждённого времени, в течение которого он систематически уклонялся от выполнения работы. Такие споры могут быть рассмотрены в судебном порядке. Сужение конституционного права осуждённых на судебную защиту их трудовых прав едва ли оправдано. Осуждённые имеют, в том числе, право на самозащиту, предусмотренное ст. 379 Трудового кодекса РФ, путём отказа от работы в тех, например, случаях, если это угрожает их жизни и здоровью.

Поэтому представляется актуальным дополнить УИК РФ нормой о том, что осуждённые имеют право на рассмотрение судом дел, возникающих из трудовых отношений, не противоречащей уголовно-исполнительному законодательству и трудовому законодательству, а так же закрепить нормативно-правовой материал для обеспечения труда осуждённых.

С.А. Рожков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРИНУДИТЕЛЬНЫЕ РАБОТЫ КАК АЛЬТЕРНАТИВА НАКАЗАНИЮ В ВИДЕ ЛИШЕНИЯ СВОБОДЫ

Федеральным законом Российской Федерации от 07. 12. 2011 г. №420-ФЗ в Уголовный кодекс Российской Федерации введен новый вид уголовного наказания – принудительные работы (ст. 53-1 УК РФ). Это наказание может применяться только в качестве альтернативы лишению свободы в случаях, предусмотренных соответствующими статьями Особенной части УК РФ, за совершение преступлений небольшой или средней тяжести или за совершение тяжкого преступления впервые.

Принудительные работы заключаются в привлечении осужденного к труду в местах, определяемых учреждениями и органами уголовно-исполнительной системы на срок от двух месяцев до пяти лет с удержанием из заработной платы в доход государства в пределах от 5 до 20% в месяц.

В случае уклонения осужденного от отбывания принудительных работ они заменяются лишением свободы из расчета один день лишения свободы за один день принудительных работ.

В соответствии с ч. 1 ст. 45 УК РФ принудительные работы могут применяться только в качестве основного вида наказания.

При частичном или полном сложении наказаний по совокупности преступлений и совокупности приговоров один день принудительных работ соответствует одному дню лишения свободы (ч. 1 ст. 71 УК РФ). Согласно ч. 1 и 2 ст. 72 УК РФ срок принудительных работ при назначении этого наказания исчисляется в месяцах и годах, вместе с тем при замене наказания или сложении наказаний срок принудительных работ может исчисляться и в днях.

На осужденного к принудительным работам в полной мере распространяется и институт условно-досрочного освобождения от отбывания наказания (ст. 79 УК РФ), а также положения ст. 80 УК РФ о замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания.

Принудительные работы не назначаются несовершеннолетним, инвалидам первой и второй группы, беременным женщинам, женщинам, имеющим детей в возрасте до трех лет, женщинам, достигшим пятидесятилетнего возраста, мужчинам, достигшим шестидесятилетнего возраста, а также военнослужащим.

В связи с введением в Уголовный кодекс Российской Федерации нового уголовного наказания в виде принудительных работ Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации Федераль-

ным законом Российской Федерации от 7 декабря 2011 г. №420-ФЗ дополнен гл. 8.1., содержащей положения об исполнении наказания в виде принудительных работ.

По предварительным расчетам среднегодовая численность осужденных к принудительным работам может составить около 30 тыс. чел. Отбывание принудительных работ предусмотрено в исправительных центрах, расположенных в пределах территории субъекта Российской Федерации, в котором они проживали или были осуждены.

Учитывая расчетные лимиты одного исправительного центра на размещение до 200 осужденных к принудительным работам, на первом этапе планируется создать 30 исправительных центров, всего же необходимо будет построить 150 таких специальных учреждений.

Из финансово-экономического обоснования, представленного в Государственную Думу, следует, что на создание одного исправительного центра потребуется около 60–70 млн руб, причем строительство таких центров планируется на базе типового проекта с использованием инвентарных зданий контейнерного типа, изготавливаемых предприятиями уголовно-исполнительной системы Российской Федерации.

К месту отбывания наказания осужденные следуют за счет государства самостоятельно, а лица, находящиеся к моменту вступления обвинительного приговора в законную силу под стражей, направляются в исправительный центр под конвоем.

Срок принудительных работ исчисляется со дня прибытия осужденного в исправительный центр. В этот срок засчитывается и время содержания осужденного под стражей, время следования в исправительный центр под конвоем из расчета один день содержания под стражей (нахождения под конвоем) за один день принудительных работ.

Порядок отбывания принудительных работ определяется Уголовно-исполнительным кодексом Российской Федерации и Правилами внутреннего распорядка исправительных центров.

Осужденные к принудительным работам находятся под надзором и обязаны: выполнять Правила внутреннего распорядка исправительных центров; работать там, куда они будут направлены; постоянно находиться в пределах территории исправительного центра, проживать, как правило, в специально предназначенных общежитиях, не покидать их в ночное и нерабочее время, выходные и праздничные дни без разрешения администрации исправительного центра; принимать участие в работах по благоустройству территории исправительного центра в порядке очередности в нерабочее время не более двух часов в неделю; постоянно иметь при себе документ, удостоверяющий личность осужденного.

Осужденным может быть разрешен краткосрочный выезд за пределы исправительного центра на срок до пяти суток. Им не разрешается иметь при себе запрещенные предметы, указанные в перечне Правил внутреннего распорядка исправительных центров. Осужденные и помещения, где они проживают, могут подвергаться обыску, а вещи осужденных – досмотру.

Осужденным при положительном поведении и отбытии определенной части срока наказания по постановлению начальника исправительного центра может быть предоставлено право проживания с семьей за пределами исправительного центра в пределах муниципального образования, на территории которого расположен исправительный центр.

Лицам, не имеющим взыскания, разрешается выезд за пределы исправительного центра на период ежегодного оплачиваемого отпуска.

Осужденным к принудительным работам разрешается обучение в образовательных учреждениях среднего и высшего профессионального образования по заочной форме обучения, находящихся в пределах муниципального образования, на территории которого расположен исправительный центр.

Материально-бытовое обеспечение осужденных к принудительным работам заключается в следующем: им предоставляется индивидуальное спальное место и постельные принадлежности; норма жилой площади не может быть менее четырех квадратных метров; обеспечение одеждой, обувью и питанием осуществляется за свой счет; осужденные вправе иметь при себе денежные средства и распоряжаться ими.

Осужденные к принудительным работам обязаны трудиться в местах и на работах, определяемых администрацией исправительных центров. Эти лица привлекаются к труду в соответствии с трудовым законодательством Российской Федерации, за исключением правил приема на работу, увольнения с работы, перевода на другую работу, отказа от выполнения работы, предоставления отпусков (18 календарных дней).

Из заработной платы осужденных производятся удержания в размере, установленном приговором суда, а также для возмещения расходов по их содержанию, но тем не менее им выплачивается гарантированный минимум в размере не менее 25% от начисленной заработной платы.

С осужденными к принудительным работам администрацией исправительного центра проводится воспитательная работа с учетом индивидуальных особенностей личности и обстоятельств совершенных ими преступлений. В рамках проведения воспитательной работы законодателем предусмотрен перечень мер дисциплинарных взысканий и мер поощрений, применяемых к осужденным к принудительным работам, а также порядок их применения.

В случае уклонения осужденного от отбывания принудительных работ начальник исправительного центра направляет в суд представление о замене неотбытой части наказания на лишение свободы.

Уголовно-исполнительным кодексом Российской Федерации предусмотрено применение технических средств надзора и контроля за поведением осужденных к принудительным работам.

Анализ уголовного и уголовно-исполнительного законодательства позволяет сделать вывод о том, что рассматриваемый нами вид уголовного наказания имеет много общего с имевшим ранее место институтом условного осуждения с обязательным привлечением осужденного к труду, который в свое время себя оправдал.

Принудительные работы как вид уголовного наказания вводятся с 1 января 2013 г.

В.Г. Шумихин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

СОГЛАШЕНИЕ МЕЖДУ ВЗЯТКОДАТЕЛЕМ И ВЗЯТКОПОЛУЧАТЕЛЕМ КАК КОНСТРУКТИВНЫЙ ПРИЗНАК ВЗЯТОЧНИЧЕСТВА

Проблематика вопросов квалификации взяточничества обширна. Для успешной уголовно-правовой оценки взяточничества, на наш взгляд, важное значение имеет наряду с другими и отдельный вопрос о признаке, связывающем два этих преступления: получение взятки и дачу взятки в единое криминальное коррупционное действие, называемое взяточничеством. Проблема заключается в том, что признак, связывающий эти преступления подлежит установлению и доказыванию, без этого обвинение во взяточничестве будет безосновательным. В учебной и научной литературе данный признак, как правило, в должной мере не освещается¹.

Получение взятки, предусмотренное в ст. 290 УК РФ, и дача взятки, предусмотренная ст. 291 УК РФ, являются самостоятельными составами. При всей автономности набора объективных и субъективных признаков составов этих преступлений их связывает один признак - соглашение между взятокодателем и взятополучателем. Законодатель прямо не указал его в диспозициях этих статей, однако контекст объективной стороны получения и дачи взятки непосредственно указывает на его наличие. Объективная сторона получения взятки включает не только получение должностным лицом предмета взятки, но и совершение им в интересах дающего какого-либо действия (бездействия). Очевидно, что совершение конкретных действий (бездействий) в пользу взятокодателя невозможно без соглашения с последним. Пленум Верховного Суда РФ не случайно обращал на это внимание и объяснял, что суду следует указывать в приговоре за выполнение каких действий (бездействия) должностное лицо получило взятку². В пункте 9 того же постановления Пленум Верховного суда РФ прямо указал на признак соглашения как конструктивный признак взяточничества: «если имущественные выгоды в виде денег, иных ценностей, оказания материальных услуг предоставлены родным и близким должностного лица с его согласия, либо если он не возражал против этого и использовал свои служебные полномочия в пользу взятокодателя, действия должностного лица следует квалифицировать как получение взятки»³.

Указание на этот конструктивный признак взяточничества изначально было дано в диспозиции ст. 304 УК РФ Провокация взятки или коммерческого подкупа. Отсутствие соглашения, как указывает законодатель, свидетельствует о составе преступления против правосудия и исключает наличие признаков получения и дачи взятки. Попытка передачи должностному лицу без его согласия денег, ценных бумаг, иного имущества или оказания ему услуг имущественного характера квалифицируется как провокация взятки при установлении цели искусственного создания доказательств совершения преступления или шантажа. Если же такая попытка предпринималась в расчете на получение согласия должностного в момент передачи предмета взятки и его последующее содействие в разрешении интересующих субъекта вопросов в сфере управленческой деятельности, то есть основания квалифицировать такие действия, как покушение на дачу взятки. В диспозиции вновь введенной ст. 291.1

«Посредничество во взяточничестве» данный признак прямо указан законодателем при регламентации одной из форм посредничества: способствование взяткодателя и (или) взяткополучателю в достижении либо реализации **соглашения** между ними⁴. Признак соглашения между взяткодателем и взяткополучателем является конструктивным признаком, связывающим действия взяткодателя, направленные на решение своих проблем в сфере управленческой деятельности, и действия взяткодателя, удовлетворяющего свои материальные запросы путем оказания "помощи" взяткодателю. Реализовать свои устремления и совершить получение и соответственно дачу взятки взяткополучатель и взяткодатель могут только посредством соглашения. В какой форме возможно в реальной жизни это соглашение? Соглашение может быть выражено в любой форме: устной, письменной и конклюдентной. Как показывает практика, нередки случаи соглашения без предварительных контактов в конклюдентной форме, например, остановленный сотрудником ГИБДД водитель, нарушивший правила дорожного движения, передает свои документы, предварительно вложив в них 2 тыс. руб. Сотрудник ГИБДД, получив документы водителя, вынимает деньги и откладывает их в сторонку, т.е. не возвращает их водителю, а затем принимает решение не привлекать нарушителя к ответственности. Очевидно, что предложение водителя принять взятку было принято, т.е. соглашение состоялось причём со стороны взяткополучателя в молчаливой форме.

В составе посредничества во взяточничестве законодатель указывает на функцию посредника как инициатора заключения соглашения между взяткополучателем и взяткодателем (ч. 5 ст. 290.1 УК РФ «Обещание или предложение посредничества во взяточничестве»); как лица, непосредственно выполняющего соглашение между взяткодателем и взяткополучателем (непосредственная передача взятки по поручению взяткодателя или взяткополучателя); как лица, иным образом способствующего достижению либо реализации соглашения между взяткодателем и взяткополучателем.

Вопрос о соглашении сторон во взяточничестве как конструктивном признаке является принципиальным и в решении вопроса о разграничении взятки и обычного подарка. Б.В. Волженкин считает, что наличие состава получения взятки-благодарности возможно и без соглашения сторон даже в том случае, когда должностное лицо, выполнив действие, которое он должен был совершить по службе, не рассчитывало на последующее вознаграждение⁵. Соответственно он полагает, что если имущественное вознаграждение без договоренности об этом было передано должностному лицу за его правомерное действие (бездействие) по службе, решающим для разграничения обычного подарка и взятки будет размер этого вознаграждения⁶. Позиция Б.В. Волженкина противоречива и не последовательна. С одной стороны, он признает, что признаки института дарения являются основными при решении вопроса о разграничении обычного подарка и взятки, а с другой, ставит все в зависимость от размера вознаграждения. Он полагает, что получение и дача взятки возможны без соглашения сторон, а это не позволяет провести разграничение взятки от обычного подарка. Главными критериями отграничения обычного подарка от взятки являются признаки института дарения, т.е. безвозмездная передача имущества при отсутствии соглашения о «встречных движениях» должностного лица в интересах дающего.

¹ См. например: Аснис А.Я. Уголовная ответственность за служебные преступления в России. М., 2004; Волженкин Б.В. Служебные преступления: комментарий законодательства и судебной практики. СПб., 2005; Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть: учебник. Изд. второе, испр. доп. / под ред. Л.В. Иногумовой-Хегай, А.И. Рарога, А.Н. Чучаева. М., 2010.

² О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе: постановление Пленума Верховного Суда РФ №6 от 10 фев. 2000 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. №4. С. 6–7.

³ Там же. С. 6.

⁴ Ст. 291.1 УК РФ.

⁵ Волженкин Б.В. Указ раб. С. 176–177.

⁶ Там же.

VII. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

С.И. Афанасьева

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРАВОВАЯ РЕГЛАМЕНТАЦИЯ АПЕЛЛЯЦИОННОГО ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В соответствии с Федеральным законом РФ от 29.12.2010 г. №433-ФЗ апелляционное рассмотрение уголовных дел по жалобам и представлениям на не вступившие в законную силу судебные решения не только мирового судьи, но и районного суда, гарнизонного военного суда, а также верховного суда республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа, окружного (флотского) военного суда вводится с 1 января 2013 г.

В УПК РФ предусмотрена новая гл. 45.1, регламентирующая процессуальные правила производства в суде апелляционной (второй) инстанции, которая соответствует ст. 2 Протокола №7 от 22 ноября 1984 г. к Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

В период с 01.05.2011 по 31.12.2012 г. в порядке апелляции рассматриваются промежуточные судебные решения верховного суда республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа, окружного (флотского) военного суда.

Для уяснения правовой природы института апелляции в уголовном судопроизводстве необходимо проанализировать новые процедурные правила рассмотрения уголовных дел в суде апелляционной инстанции в сопоставлении с действующим порядком производства, закрепленным в главах 43, 44 УПК РФ.

В соответствии со статьями 9, 20, 25, 28, 34 Федерального конституционного закона РФ «О судах общей юрисдикции» и ст. 389.3 УПК РФ изменен перечень судов, которые могут рассматривать жалобы или представления в порядке апелляционного производства.

В анализируемом законе иначе регламентируется вопрос о предмете апелляционного обжалования. Согласно действующему уголовно-процессуальному законодательству суд апелляционной инстанции должен проверять законность, обоснованность и справедливость не только приговора, но и иного судебного решения (статьи 360, 361 УПК РФ), а в соответствии со ст. 389.9 УПК РФ предметом судебного разбирательства в апелляционном порядке являются законность, обоснованность и справедливость приговора, а также законность и обоснованность иного решения суда первой инстанции (требование справедливости в отношении последнего исключено).

Суды апелляционной инстанции наделяются полномочиями по проверке судебных актов по уголовным делам, которые не вступили в силу с точки зрения фактических и правовых оснований с вынесением нового судебного акта, полностью замещающего приговор, определение или постановление суда первой инстанции (ст. 389.2 УПК РФ).

Законодатель расширил возможности судебного обжалования в порядке апелляции решений суда I инстанции, предоставив возможность обжаловать практически любое судебное решение, затрагивающее права личности, и исключив перечень судебных актов, не подлежащих такому обжалованию, предусмотренный ч. 5 ст. 355 УПК РФ.

В соответствии со ст. 389.1 УПК РФ значительно расширен круг субъектов апелляционного обжалования. В частности, законодатель таким правом наделил частного обвинителя. Более того, правом апелляционного обжалования обладает любое лицо в той части, в которой судебным решением затрагиваются его права и законные интересы. По действующему уголовно-процессуальному законодательству к таким субъектам можно отнести лишь лицо, в отношении которого велось или ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера (ч. 4 ст. 354 УПК РФ). В отношении таких субъектов апелляционного обжалования, как государственный обвинитель и вышестоящий прокурор, законодатель предоставляет возможность обоим обратиться с соответствующим представлением. Думается, что данное нововведение связано с необходимостью усиления прокурорского контроля за деятельностью нижестоящих должностных лиц органов прокуратуры в случаях, когда соответствующее должностное лицо, поддерживая от имени государства обвинение в суде по уголовному делу, участвует в качестве государственного обвинителя.

Анализируя новые правила рассмотрения дела в порядке апелляции, нельзя не сказать о законодательном закреплении сроков обжалования судебных решений в апелляционном порядке. Изучение положений действующей ст. 356 УПК РФ – «сроки обжалования приговоров» – позволяет говорить о ее противоречивости. Более корректной представляется формулировка ст. 389.4 УПК РФ.

Содержание ст. 389.5 УПК РФ убеждает, что законодатель значительно расширил полномочия суда апелляционной инстанции при рассмотрении вопроса о восстановлении пропущенного срока обжалования.

В части процессуальных правил составления апелляционной жалобы или представления следует обратить внимание на некоторые аспекты. В соответствии со ст. 363 УПК РФ в жалобе или представлении требуется не только указать доводы лица, их подавшего, но и привести доказательства, обосновывающие его требования, а согласно ст. 389.6 УПК РФ необходимо лишь указать основания отмены или изменения судебного решения в апелляционном порядке. При этом в апелляционной жалобе лица, не участвующего в уголовном деле, должно быть указано, какие права и законные интересы этого лица нарушены судебным решением, а в апелляционной жалобе осужденного или в возражениях на жалобы, представления, принесенные другими участниками уголовного процесса, – ходатайство об участии в рассмотрении уголовного дела судом апелляционной инстанции.

В ст. 389.10 УПК РФ установлены новые сроки рассмотрения уголовного дела в суде апелляционной инстанции.

Обращает на себя внимание новая законодательная регламентация некоторых полномочий судьи при назначении и подготовке заседания суда апелляционной инстанции (ст. 389.11 УПК РФ).

В случае обнаружения невыполнения судом первой инстанции требований, касающихся соблюдения процессуальной формы апелляционной жалобы или представления, а также нарушения порядка извещения об их поступлении, судья возвращает уголовное дело в этот суд для устранения обстоятельств, препятствующих рассмотрению данного уголовного дела в суде апелляционной инстанции.

Новеллой уголовно-процессуального законодательства является решение вопроса о форме участия в суде осужденного, содержащегося под стражей (непосредственно либо путем использования систем видеоконференц-связи).

В соответствии с новым апелляционным порядком рассмотрения уголовного дела значительно расширен круг лиц, участие которых является обязательным.

В соответствии с Федеральным законом РФ от 29.12.2010 г. №433-ФЗ правовые предписания реализации процессуального порядка рассмотрения уголовного дела судом апелляционной инстанции имеют свои особенности в части производства судебного следствия и прений сторон. Суд апелляционной инстанции в обосновании своего решения может ссылаться на доказательства, которые им непосредственно не исследовались. Данное положение явно противоречит требованиям ст. 240 УПК РФ о непосредственном исследовании доказательств в суде, где предусмотрено исключение лишь в отношении особого порядка судебного разбирательства (раздел X УПК РФ).

По окончании прений сторон суд предоставляет последнее слово лицу, в отношении которого проверяется судебное решение, если данное лицо участвует в судебном заседании (ст. 389.14 УПК РФ). Такая формулировка является более корректной по сравнению с положениями ст. 366 УПК РФ, где речь идет о подсудимом и предполагается его обязательное участие при рассмотрении уголовного дела в апелляционном порядке.

В соответствии с изменениями уголовно-процессуального законодательства в части апелляционного производства по уголовному делу расширены полномочия суда апелляционной инстанции при принятии соответствующего решения (ст. 389.20 УПК РФ). При этом законодателем довольно детально регламентированы основания и процедура вынесения такого решения (статьи 389.21–389.27 УПК РФ).

Обращает на себя внимание отсутствие нормы о возможности отмены оправдательного приговора суда первой инстанции и о вынесении обвинительного приговора судом апелляционной инстанции, что свидетельствует об усилении гарантий правового положения «о недопустимости поворота к худшему» в отношении оправданного.

Анализируя основания отмены или изменения судебного решения в апелляционном порядке, предусмотренные ст. 389.15 УПК РФ, можно заметить, что законодатель «подкорректировал» содержание некоторых из них.

В соответствии со ст. 389.19 УПК РФ суд апелляционной инстанции наделяется полномочиями по проверке производства по уголовному делу в полном объеме и в отношении всех осужденных.

Уголовно-процессуальное законодательство, устанавливающее новые правила рассмотрения уголовных дел судом апелляционной инстанции, более подробно регламентирует процессуальный порядок отмены или изменения приговора или иного решения суда первой инстанции.

Нормы статей 389.28–389.32 УПК РФ предусматривают процессуальные требования, которым должны соответствовать решения суда апелляционной инстанции. При этом следует подчеркнуть, что в апелляционном приговоре, определении, постановлении должны указываться основания, по которым приговор признается законным, обоснованным и справедливым, иное судебное решение суда первой инстанции – законным и обоснованным, а жалоба или представление – не подлежащими удовлетворению, либо основания полной или частичной отмены или изменения обжалованного судебного решения.

Аналогичным образом детализирован процессуальный порядок постановления апелляционного приговора и вынесения апелляционного определения, постановления и обращения их к исполнению (ст. 389.33 УПК РФ).

Решение суда апелляционной инстанции может быть обжаловано в вышестоящий суд в порядке кассационного или надзорного производства в соответствии с гл. 47.1 и гл. 48.1 УПК РФ. Нормы ст. 389.36 УПК РФ предусматривают возможность повторного рассмотрения уголовного дела судом апелляционной инстанции.

Введение института апелляционного обжалования в системе всех судов общей юрисдикции существенно увеличивает объем процессуальных гарантий в части защиты прав и свобод лица, вовлеченного в сферу уголовного судопроизводства.

Борисевич Г.Я.

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПОРЯДОК СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ В ОТНОШЕНИИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ В СООТВЕТСТВИИ С ПРИНЦИПАМИ ЮВЕНАЛЬНОЙ ЮСТИЦИИ

1. В широком смысле понятие «ювенальная юстиция» означает **систему взаимодействующих органов и учреждений**, в той или иной степени связанных с обеспечением прав несовершеннолетних свидетелей, потерпевших, подозреваемых, обвиняемых, подсудимых, осужденных, осуществляющих деятельность по предупреждению, возбуждению, расследованию преступлений, разрешению уголовных дел в судах, исполняющих наказание с целью ресоциализации подростков, возвращения их к нормальной жизни, защиты законных интересов и прав. Вместе с тем нельзя забывать, что **центральным звеном ювенальной юстиции** является именно **суд**. Поэтому большое теоретическое и практическое значение имеет вопрос о внедрении ювенальных технологий (мер, способов, мероприятий юридического, социального, педагогического, психологического, медицинского характера) в процедуру судебного рассмотрения дел в отношении несовершеннолетних.

2. В соответствии с ч. 2 ст. 420 УПК РФ производство по уголовному делу о преступлении, совершенном несовершеннолетним, осуществляется в общем порядке, установленном частями второй и третьей настоящего кодекса, с изъятиями, предусмотренными гл. 50. Эти изъятия (т.е. особенности, гарантии) **в первую очередь касаются общих условий судебного разбирательства**.

Одним из них является **специализация судей**, разрешающих уголовные дела в отношении несовершеннолетних. Пленум Верховного Суда РФ в п. 4 постановления «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних» от 01.02.2011 №1 разъяснил, что «специализация судей по делам несовершеннолетних предусматривает необходимость обеспечения их профессиональной компетентности путём обучения и переподготовки не только по вопросам права, но и по вопросам педагогики, социологии, подростковой психологии, криминологии, виктимологии, применения ювенальных технологий, используемых в рамках процессуального законодательства». В частности, в Пермском крае прошли обучение 53% судей, специализирующихся на рассмотрении уголовных дел в отношении несовершеннолетних. **Специализация должна касаться и мировых судей**, так как они также рассматривают уголовные дела в отношении несовершеннолетних. Следует отметить, что для организации качественной работы судов с применением ювенальных технологий необходимы **постоянное** обучение и

переподготовка судей и помощников судей. Требование специализации должно предъявляться не только к судьям, но и прокурорам, адвокатам, педагогам (психологам).

К общим условиям судебного разбирательства относятся **правила о круге участников судебного заседания**. В соответствии со ст. 48 УПК РФ по уголовным делам о преступлениях, совершённых несовершеннолетними, к **обязательному** участию в деле привлекаются их законные представители в порядке, предусмотренном ст. 426 УПК РФ.

Участие защитника при осуществлении уголовного судопроизводства в отношении несовершеннолетних является обязательным. Если защитник не приглашён в порядке, установленном ч. 1 ст. 50 УПК РФ, его участие обеспечивает суд. При производстве у мирового судьи, в соответствии с ч. 2 ст. 49 УПК РФ, один из близких родственников обвиняемого или иное лицо допускается и вместо адвоката. Думается, что один из близких родственников обвиняемого или иное лицо не сможет заменить адвоката в силу непрофессионализма, так как несовершеннолетнему не будет оказана должная защита его законных прав и интересов. Поэтому применительно к несовершеннолетним было бы целесообразным исключить из ч. 2 ст. 49 УПК РФ предложение «При производстве у мирового судьи указанное лицо допускается и вместо адвоката».

УПК РФ (как и УПК РСФСР 1960 г.) предусматривает **правила об участии педагога (психолога)** как участника единственного следственного действия – допроса несовершеннолетнего, могущего иметь различный процессуальный статус – свидетеля, потерпевшего (ч. 1 ст. 191, ст. 280 УПК РФ), подозреваемого, обвиняемого, подсудимого (ст. 425 УПК РФ). Однако УПК не содержит понятия педагога (психолога) и лишь частично определяет его правовой статус. Совершенно очевидно, что педагога (психолога) нельзя считать ни экспертом, ни специалистом. Педагог (психолог) – это лицо, которое обладает педагогическими (психологическими) знаниями и участвует в допросе несовершеннолетнего. Целью их участия в производстве упомянутого следственного действия является оказание содействия дознавателю, следователю и суду в получении полных и достоверных показаний несовершеннолетнего путём установления психологического контакта; создания непринуждённой обстановки допроса; обеспечения оптимального эмоционального состояния подростка; оказания помощи в составлении плана допроса, формулировке педагогически корректных вопросов; определения оптимальной продолжительности допроса. Педагог (психолог) обязан разъяснить несовершеннолетнему непонятные ему вопросы судей, прокуроров, иных участников процесса. Представляется целесообразным дополнить гл. 8 УПК РФ статьёй, предусматривающей права и обязанности педагога (психолога) при участии в допросе несовершеннолетнего (потерпевшего, свидетеля, подозреваемого, обвиняемого, подсудимого).

При рассмотрении уголовных дел в отношении несовершеннолетних большое значение имеет **участие социального работника**, который собирает сведения о личности несовершеннолетнего правонарушителя. Нужно отметить, что роль социального работника в ряде субъектов РФ, например в Пермском крае, Ленинградской, Ростовской областях, выполняют помощники судей с функциями социального работника, прошедшие обучение ювенальным технологиям. Это значительно увеличивает их нагрузку. К тому же данная деятельность не предусмотрена должностными регламентами помощника судьи. Поэтому необходимо введение отдельной должности помощника судьи по делам несовершеннолетних. В УПК РФ целесообразно предусмотреть норму о процессуальном положении социального работника.

Общим условием судебного разбирательства в отношении несовершеннолетнего является **правило** о разрешении уголовного дела в **закрытом судебном заседании**. В соответствии с Пекинскими правилами 1985 г. право на конфиденциальность информации о несовершеннолетнем подозреваемом, обвиняемом, подсудимом должно обеспечиваться на всех стадиях процесса, чтобы избежать причинения несовершеннолетнему вреда и ущерба его репутации. Пленум Верховного Суда РФ в п. 45 постановления от 7 февраля 2011 №1 «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних» разъяснил, что судам надлежит не допускать рассмотрение уголовных дел в отношении несовершеннолетних и материалов о совершённых ими правонарушениях с участием представителей средств массовой информации, а также использование видео- и фотосъёмки несовершеннолетних правонарушителей и потерпевших в залах судебных заседаний и в других помещениях судов за исключением случаев, когда несовершеннолетний и (или) его законный представитель ходатайствуют об этом. Полагаем необходимым внести соответствующие изменения в УПК РФ: ч. 1 ст. 241 изложить в следующей редакции «Разбирательство уголовных дел во всех судах открытое, за исключением уголовных дел в отношении несовершеннолетних, а также случаев, предусмотренных настоящей статьёй».

Неукоснительное соблюдение судьями норм уголовно-процессуального законодательства об общих условиях судебного разбирательства в отношении несовершеннолетних имеет своей целью качественное осуществление правосудия и принятие законных, обоснованных, справедливых решений, обеспечение реализации прав и законных интересов личности.

3. Что же касается самого порядка судебного заседания по делам о преступлениях несовершеннолетних, то оно проводится по общим правилам, как и в отношении взрослых подсудимых, за исключением изъятий, предусмотренных ст. 429–432 УПК РФ. Статья 14 «Пекинских правил» предусматривает, что судебное разбирательство должно осуществляться в атмосфере понимания, чтобы несовершеннолетний мог участвовать в нём и свободно излагать свою точку зрения. Принцип учёта возраста и зрелости ребёнка может также потребовать изменения процедур и практики организации и ведения судебных заседаний. В центре судебного процесса находится личность несовершеннолетнего, и именно ей подчинена вся судебная процедура, включающая правила, которых нет в общем правосудии. Так, концепция ювенальной юстиции предусматривает, что судопроизводство по делам несовершеннолетних имеет неформальный характер. Это противоречит традиционным представлениям о строго регламентированной в законе судебной процедуре. Законодательство и судебная практика тех стран, где существует ювенальная юстиция и уже функционируют суды для несовершеннолетних, дают основание считать такую организацию судебного процесса для несовершеннолетних наиболее приемлемой и эффективной. Однако неформальный характер судебной процедуры ювенального суда должен быть согласован с общими процессуальными правилами и не быть ими «задавлен», иначе судебная процедура войдет в конфликт с динамичным участником процесса несовершеннолетним, что снизит эффективность правосудия¹. В большинстве российских судов первой инстанции, в частности Пермском крае, при рассмотрении уголовных дел судьи исследуют обширный материал, содержащий «социальное досье» несовершеннолетнего и его среды, итоги реабилитационной с ним работы, что позволяет сделать выводы о назначении ему соразмерного наказания, принятии мер к ресоциализации подростка. В судах первой инстанции широко применяются технологии восстановительного правосудия.

4. Представляется, что правосудие в отношении несовершеннолетних в судах вышестоящих инстанций также должно осуществляться с применением ювенальных технологий. В связи с этим необходимо отметить, что в регионах России вводится лишь специализация судей по рассмотрению дел в отношении несовершеннолетних судами первой инстанции. **В настоящее время в обществе существует необходимость проведения обучения основам ювенальных технологий судей вышестоящих инстанций.**

Однако нельзя не учитывать, что уже сама по себе деятельность судов вышестоящих инстанций является существенной гарантией защиты прав и законных интересов несовершеннолетнего. В частности, большое значение имеет проверка судом кассационной инстанции законности и обоснованности избрания меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении несовершеннолетнего подозреваемого (обвиняемого). Так, за период с 2008 по 2011 г. судебной коллегией по уголовным делам Пермского краевого суда было отменено 16 постановлений районных судов об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу. В 2008 г. – 4, что составило 6,32% от общего количества изменённых (отменённых) судебных актов судов первой и апелляционной инстанций, соответственно в 2009 г. – 4 (5,6%), 2010 г. – 5 (5,35%), 2011 г. – 3 (2,64%). Очевидно, что районные суды стали меньше допускать нарушений при избрании самой суровой меры пресечения в отношении несовершеннолетних. Вместе с тем необходимо отметить, что судебные акты были отменены Пермским краевым судом по причине того, что районными судами не были изложены сведения о том, что несовершеннолетний не может быть отдан под присмотр родителей; не указаны конкретные данные, включающие возможность применения иной, более мягкой, чем заключение под стражу, меры пресечения; надлежащим образом не осуществлена проверка обстоятельств, изложенных в ходатайствах дознавателя и следователя о необходимости избрания самой суровой меры пресечения, изоляции несовершеннолетнего от общества.

Судьи нередко, без наличия на то оснований, принимают решения об отмене условного осуждения и направлении несовершеннолетних подсудимых в места лишения свободы для дальнейшего отбывания наказания в соответствии с приговором суда. Так, за период с 2008–2011 гг. Пермским краевым судом было отменено 27 вышеназванных актов районных судов. В 2008 г. – 10, что составило 15,8% общего количества изменённых (отменённых) актов судов первой и апелляционной инстан-

ций; соответственно в 2009 – 10 (11,5%), 2010 – 5 (5,35%), 2011 – 2 (1,76%). В отменённых актах судами не были приведены конкретные данные о необходимости отмены несовершеннолетнему условного осуждения. В ряде случаев не была дана оценка характера допущенных нарушений и характеристики личности несовершеннолетнего.

В период с 2007 по 2011 г. президиумом Пермского краевого суда было изменено 27 судебных актов по уголовным делам в отношении несовершеннолетних. Суд надзорной инстанции вносил в решения нижестоящих судов изменения, касающиеся квалификации содеянного несовершеннолетними либо вида и размера наказания.

5. Вопрос о более широком внедрении ювенальных технологий в деятельность судов вышестоящих инстанций требует самостоятельного изучения, исследования и обсуждения.

¹ Мельникова Э.Б. Ювенальная юстиция: Проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии: учеб. пособие. М.: Дело, 2000. С. 18.

О.В. Добровлянина

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА В ОТНОШЕНИИ ПРИСЯЖНОГО ЗАСЕДАТЕЛЯ

В соответствии с п. 30 ст. 5 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации¹ присяжный заседатель – это лицо, привлеченное в установленном УПК РФ порядке для участия в судебном разбирательстве и вынесения вердикта.

На присяжного заседателя в период осуществления им правосудия распространяются гарантии независимости и неприкосновенности судей, установленные Конституцией Российской Федерации², Федеральным конституционным законом Российской Федерации от 31 декабря 1996 г. №1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»³, п. 1 (за исключением абзацев третьего, четвертого и шестого) и абзацем первым п. 2 ст. 9, ст. 10, п. 1, 2, 5, 6, 7 и 8 ст. 16 Закона Российской Федерации от 26 июля 1992 г. №3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации»⁴, Федеральным законом от 20 апреля 1995 г. №5-ФЗ «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов»⁵ – в силу пункта 1 статьи 12 Федерального закона от 20 августа 2004 года №113-ФЗ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации»⁶.

В специальном законе о присяжных заседателях, принятом позднее УПК РФ, в вопросе о гарантиях независимости последних сделано исключение. То есть по этому закону уголовное дело в отношении присяжного заседателя, отправляющего правосудие по конкретному делу, должно возбуждаться в обычном порядке несмотря на то, что в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 447 УПК РФ присяжный заседатель включен в перечень отдельных категорий лиц. Первый закон можно считать специальным, так как он закрепляет статус присяжного заседателя, но и второй – специальный, поскольку устанавливает перечень особых субъектов и процедурные правила привлечения их к уголовной ответственности. Получается, что сегодня по действующему законодательству в соответствии со ст. 447 УПК РФ присяжные заседатели являются лицами с особым правовым статусом, поэтому на них должны распространяться особенности уголовного судопроизводства в отношении отдельных категорий лиц, т.е. положения УПК РФ в силу его ст. 7 приоритетны. Однако при более глубоком изучении вопроса о гарантиях независимости присяжного заседателя очевиден вывод, что эти участники уголовного процесса не обладают такой же, как у профессионального судьи, неприкосновенностью. Думается, исключения, предусмотренные ст. 12 Федерального закона о присяжных заседателях, принятого в 2004 г., не могут быть случайными. Более того, это может свидетельствовать о намечающейся попытке сократить перечень отдельных категорий лиц путем исключения присяжных заседателей из числа субъектов, обладающих уголовно-процессуальным иммунитетом, но первые шаги сделаны на уровне Федерального закона о присяжных заседателях, а не в УПК РФ. Хотя и в УПК РФ изначально не был заложен механизм реализации гарантии неприкосновенности присяжного заседателя. Так, в ст. 448 УПК РФ о порядке возбуждения в отношении присяжного заседателя уголовного дела не говорится ни слова. Как следствие, остается непонятной процедура привлечения этих лиц к уго-

ловной ответственности: или их надо «включать» в понятие, указываемое п. 5 ч. 1 ст. 448 УПК РФ – «иные судьи», или приравнивать к судьям тех судов, где они осуществляют правосудие, и распространять правило о соответствующей процедуре⁷. Каким образом поступить правоприменителю, весьма не ясно.

В рассматриваемой ситуации прослеживается непоследовательность законодателя. Из буквального толкования положений гл. 52 УПК РФ и ст. 12 Федерального закона о присяжных заседателях следует, что присяжного заседателя в момент осуществления им правосудия можно относить к субъектам с особым правовым статусом, но возбуждать уголовное дело нужно в обычном порядке. Невольно напрашивается вывод о декларативном характере уголовно-процессуального правила об особом правовом статусе этих субъектов с практической точки зрения, уголовно-процессуальный иммунитет присяжных заседателей провозглашен «ради гарантий», но не обеспечен. Возможно, это вызвано тем, что присяжного заседателя в момент осуществления правосудия автоматически приравнивают к судьям со всеми данными им законом гарантиями независимости. Однако получается, что это не совсем так. Если обратиться к практике, то в Пермском крае за все время действия суда присяжных (с 2003 г.) подобная процедура в отношении указанного лица не инициировалась ни разу, т.е. в момент осуществления правосудия присяжного заседателя ни разу не привлекали к уголовной ответственности. Официальная статистика по этому вопросу в целом по Российской Федерации тоже отсутствует⁸.

Подводя итог, подчеркнем, что в отношении присяжных заседателей существует немало эффективных гарантий независимости, подкрепленных нормами об ответственности за их нарушение (например, предусмотрена уголовная ответственность за неуважение к суду – ст. 297 Уголовного кодекса Российской Федерации⁹ и др.) и, по нашему мнению, их вполне достаточно для свободного функционирования. Присяжные заседатели – непрофессиональные судьи, они не проходили строгий отбор на должность судьи, психодиагностическое исследование, не сдавали экзамен. Думается, что нет практической необходимости распространять на этих лиц буквально все гарантии независимости судьи, в том числе обеспечивать особый порядок возбуждения уголовного дела, причем независимо от того, о каком преступлении идет речь: связанном с исполнением судебных полномочий или о «бытовом» преступлении, совершенном в период осуществления правосудия присяжным. Представляется, что во избежание злоупотреблений целесообразно исключить присяжного заседателя из перечня отдельных категорий лиц. И в случае решения в его отношении вопроса о возбуждении уголовного дела по признакам преступления, совершенного им в период осуществления правосудия, не применять нормы гл. 52 УПК РФ.

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. Принят ГД ФС РФ 22.11.2001 (в ред. от 25.06.2012. №87-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 2001.24.12. №52 (ч. I). Ст. 4921; 25.06.2012. №26. Ст. 3440.

² Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 года.

³ О судебной системе Российской Федерации: Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. №1-ФКЗ (в ред. от 08.06.2012. №1-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. 1997. №1. Ст. 1; 11.06.2012. №24. Ст. 3064.

⁴ О статусе судей в Российской Федерации: Закон Российской Федерации от 26 июня 1992 г. №3132-1 (в ред. от 2012.08.06 №66-ФЗ) // Российская газета. 1992. 29 июля; Собрание законодательства РФ. 08.06.2012. №24. Ст. 3083.

⁵ О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов: Федеральный закон от 20 апреля 1995 года №45-ФЗ (в ред. от 08.12.2011. №424-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 1995. №17. Ст. 1455; 12.12.2012. № 0. Ст. 7366.

⁶ О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации: Федеральный закон от 20 августа 2004 г. № 113-ФЗ (в ред. от 29.12.2010. № 433-ФЗ) // Российская газета. 2004. 25 авг.; Собрание законодательства РФ. 03.01.2011. № 1. Ст. 45.

⁷ В Уголовном кодексе РФ, например, разграничиваются понятия «судья», «присяжный заседатель» или «иное лицо, участвующее в отправлении правосудия» (статьи 295, 296, 297; такое же разграничение присутствует и в ст. 447 УПК РФ).

⁸ В печати можно встретить информацию об этом. Но проследить, какова была процедура возбуждения уголовного дела, не представляется возможным, так как это не указывается. Например, Федосенко В. Присяжный под статьей // Российская газета. 2009. 21 апр.

⁹ Уголовный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 13 июня 1996 г. №63-ФЗ (в ред. от 05.06.2012 №54-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 1996.17.06. №25. Ст. 2954; 11.06.2012. №24. Ст. 3071.

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ И ТАКТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ ГИПНОЗА В РОЗЫСКНОЙ И СЛЕДСТВЕННОЙ ПРАКТИКЕ

1. Криминалистическое обеспечение раскрытия и расследования преступлений в современных условиях требует «своевременного внедрения в эти процессы разумных и апробированных на практике нововведений»¹.

К числу таких перспективных методов, бурно обсуждаемых в научных кругах и в правоохранительных органах, относится, на наш взгляд, гипноз.

Очевидно, любой следователь или оперативный работник криминальной полиции неоднократно встречался с ситуацией, когда потерпевший, свидетель в состоянии были дать только самое общее описание случившегося. В данной ситуации использование гипноза в восстановлении утраченных первичных следов представляется весьма эффективным, поскольку есть основание думать, что ничто не проходит бесследно, ничто не исчезает в памяти окончательно.

Метод гипнорепродукции эффективно используется правоохранительными органами многих зарубежных стран, в частности США, Израиля, Великобритании, Канады, Австралии и др. В зависимости от стадии уголовного процесса, на которой используется гипнорепродукция, за рубежом выделяют «следственный» (расследовательский гипноз)² и «судебный гипноз»³.

В Российской Федерации теоретические, правовые и прикладные аспекты применения психологических методов активизации памяти наиболее активно разрабатывали с 1992 г. ученые-правоведы и специалисты-психологи ВНИИ МВД России.

2. Отношение к применению гипноза в целях раскрытия преступлений и в науке, и в мировой следственной практике противоречно. Это объясняется многочисленным кругом вопросов, на которые необходимо дать ответ. В основном они сводятся к тому, лишается ли загипнотизированный свободы волеопределения, кого из участников уголовного судопроизводства можно подвергнуть гипнозу (свидетель, потерпевший, подозреваемый, обвиняемый), какие методологические и правовые требования необходимо соблюдать и как процессуально правильно использовать гипноз, оформлять его результаты. Основополагающим является, без сомнения, вопрос официального признания и нормативно-правовой регламентации.

Профессором Л.П. Гримаком⁴ сформулированы условия, которые должны соблюдаться в случае применения гипноза в российском уголовном процессе. Их четыре:

- испытуемый должен быть настроен, безусловно, положительно к сотрудничеству с органами расследования и к факту его гипнотизирования, в частности;
- во всех случаях необходимо быть уверенным в психологическом благополучии допрашиваемого под гипнозом;
- сеансы следственного гипноза должны проводиться опытными психиатрами или психологами, имеющими специальную подготовку в практическом осуществлении гипнопродукции;
- специалист, который выполняет гипнологическую операцию, должен занимать и сохранять беспристрастную позицию в отношении получаемой информации от загипнотизированного.

Однако рекомендации остаются рекомендациями. Ученым и практикам необходимо проделать большую работу для того, чтобы рассматриваемый метод стал легитимным и эффективным средством тактического арсенала следователей.

3. В круг первоочередных задач, связанных с разрешением этой проблемы, очевидно следует включить обеспечение (на законодательном уровне) соответствующей правовой базы, также создание прочных научных основ (условий, принципов, критериев и т.д.) и научно-обоснованных методик применения гипноза в уголовном процессе. Необходимо найти ответы на вопросы, которые требуют незамедлительного научного и практического разрешения:

- Как процессуально правильно использовать нетрадиционные методы в практической деятельности правоохранительных органов?

- Как методически правильно использовать данные методы, не нарушая конституционных прав человека?
- Как определить достаточный уровень специалиста?
- Могут ли быть доказательствами в суде те данные, которые были получены специалистом во время использования этих знаний?

В настоящее время предложение считать опрос под гипнозом разновидностью оперативного опроса, а статус гипнотизера – статусом специалиста, привлеченного для участия в этом оперативном мероприятии, по нашему мнению, более логично и юридически корректно, нежели мнение некоторых ученых использовать гипноз при допросе. Данная проблема требует дальнейшего научного исследования, и лишь после всестороннего анализа, а также апробации на практике можно будет говорить об использовании данного метода в целях получения доказательственной информации при расследовании преступлений.

4. Заслуживает внимания и вопрос о возможности применения гипноза к подозреваемому (обвиняемому).

Мы считаем, что допрос подозреваемого (обвиняемого) возможен при следующих условиях:

- Должны быть исчерпаны все иные процессуальные меры для получения криминалистически значимой информации;
- должна быть личная просьба о проведении активизации его памяти;
- должен обладать гипнотабельностью, т.е. внушаемостью;
- должен желать вспомнить то, что забыл.

5. Методика восстановления информации содержит множество тактических приемов, направленных на недопущение искажения информации.

В общих чертах процедура опроса в гипнотическом состоянии заключается в следующем.

Специалист осуществляет гипнотическую индукцию (вводит опрашиваемого в состояние гипноза), контролирует его состояние в период опроса и по окончании данной процедуры задает ему заранее подготовленные вопросы, осуществляет вывод из состояния гипноза⁵.

Методическая схема использования информации на основе применения гипноза предполагает:

- сопоставление ее с данными, вытекающими из предыдущих показаний допрошенного лица, а так же с иной, имеющейся в распоряжении следствия к этому моменту информацией;
- проверку на основе процессуального доказывания сведений, сообщенных носителем информации в состоянии гипноза;
- анализ и оценку собранных при проверке данных;
- формирование вывода об истинности, ложности, степени полноты и так далее проверяемых сведений и принятие соответствующего процессуального решения.

Информация, полученная под гипнозом, должна быть подтверждена другими, независимыми доказательствами (дактилоскопическими, баллистическими, генетическими и т.д.), и только в этом случае она может быть признана судом.

В Российской правоохранительной практике проблема использования гипноза в деле борьбы с преступностью пока находится в состоянии становления, но имеются основания надеяться на то, что в недалеком будущем в российской криминалистике сложится новое полнокровное направление – криминалистическая гипнология, способная существенно улучшить тактическое оснащение следственной практики.

¹ Филиппов А.Г. Заметки на полях (о статье А.Ф. Волынского «Инновационная сущность. криминалистического обеспечения расследования преступлений») // Вестник криминалистики/отв. ред. А.Г. Филиппов. Вып. 3(39). М.: Спарк, 2011. С. 31.

² См.: Reiser M. Handbook of investigate hipnosis Los Angeles: LEHI, 1980; Hibbard W.S. Warring R.W. Forensis hipnosis: The practical application of hipnosis in criminal investigation. 2 nd ed Springfield? IL Charles C. Thomas, 1996.

³ См.: Hibbard W.S., Warring R.W. Forensis hypnosis: The practical application of hipnosis in criminal investigation. 2nd ed Sprinfield? IL Charles C. Thomas, 1996.

⁴ Гримак Л.П. Гипноз и преступность . М., 1997. С. 199–200.

⁵ Подробнее об этом см.: Образцов В.Л. Криминалистика: курс лекций. М., 1996. С. 197–210.

РОЛЬ СЛУЖБЫ ПРОБАЦИИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

В самом начале существования службы пробации Великобритании роль сотрудника описывалась как умение «давать советы, помогать и дружески относиться» к своему подопечному. Эта причудливая формулировка оставалась одним из основных элементов работы пробации вплоть до 1970-х годов. Суд полагал, что правонарушитель нуждается в помощи и руководстве. Социальные работники часто становились сотрудниками службы пробации, оказывающей поднадзорным поддержку во многих сферах жизни. В основные функции сотрудников входили составление докладов и надзор за осужденными во время испытательного срока, в тюрьме и после освобождения из мест лишения свободы по условно-досрочному приговору.

Суды ревностно охраняют свою роль в вынесении приговоров: суд всегда служил последней, инстанцией, которая определяет надлежащее наказание за совершение любого преступления. Однако вскоре после создания службы миссионеров при судах стало очевидным, что в тот период, когда сотрудники службы плотно работают с правонарушителями, судьи вправе требовать от них отчета о том, как идут дела у поднадзорных до вынесения окончательного приговора и после назначения испытательного срока.

В 1920-е годы отчетность была формально закреплена в новом документе под названием «Доклад о досудебном расследовании». Сейчас он называется «Досудебный доклад».

Форма досудебных докладов может варьироваться, но они всегда содержат основную информацию о поднадзорном:

- наличие работы;
- финансовая ситуация;
- семейные обстоятельства;
- социальные связи;
- данные о физическом и психическом здоровье;
- отношение к совершенному правонарушению;
- предыдущие правонарушения;
- оценка рисков.

Со временем судьи начали просить составителей докладов включать в них новый, очень важный элемент – рекомендации по назначению наказания. Поначалу такое требование казалось спорным, но в настоящее время рекомендации являются неотъемлемой частью досудебного доклада.

Этому есть простое и понятное объяснение. Судьи выносят приговор. Задача досудебных докладов – помочь судье получить информацию, необходимую для вынесения приговора, и предложить ряд мер наказания либо один вид наказания на основе профессиональной оценки того, насколько эти меры могут быть эффективными в данном конкретном случае.

Досудебные доклады никогда не должны брать на себя роль защиты или обвинения.

Готовя рекомендации по мерам наказания, сотрудник пробации всегда обсуждает свои предложения с правонарушителем и с другими службами, которые могут быть привлечены к работе с этим поднадзорным (например, наркологическим центром). Все предлагаемые меры воздействия должны быть согласованы с правонарушителем.

В сегодняшней судебной практике Великобритании судьи и сотрудники службы пробации работают во взаимодействии; они проводят регулярные совещания для выработки направлений работы и решения административных вопросов. Такой союз непросто создать, но если получается это сделать, то в результате суд получает более широкий спектр альтернативных санкций (некоторые из которых суд, возможно, и не рассмотрел бы без участия службы пробации) и возможность применять более гибкие и адресные меры при вынесении приговоров. Здесь следует подчеркнуть, что целью при выборе санкций является не смягчение наказания из соображений доброго отношения к подсудимому, а достижение наибольшей эффективности в снижении уровня преступности и рисков для общества.

Такая модель правосудия позволяет уйти от набившей оскомину дилеммы «либо мы наказываем преступников, либо им помогаем». Вместо этого суд может составить приговор, в котором будет

заложен целый комплекс мер воздействия, включающий как элементы наказания, так и элементы поддержки (например, ограничение по нахождению дома в ночное время, штраф, испытательный срок под надзором пробации, общественные работы, обязанность регулярно сдавать анализы на наличие наркотиков в организме и т.п.), которые будут привязаны к проблемам правонарушителя и к необходимости защиты тех, кто потенциально может пострадать от его действий.

В Великобритании сотрудников пробации часто «внедряют» в другие ведомства. Например, в большинстве тюрем есть свое отделение пробации, которое занимается работой с осужденными, помогает устанавливать и укреплять контакты с семьями (для тех, у кого они есть), связывается с административными органами и службами по месту жительства осужденного в период подготовки к его освобождению.

В судах роль сотрудников пробации четко определена: они помогают суду. Основные функции сотрудников пробации при судах:

- следить за тем, чтобы все доклады были вовремя доставлены судьям (обычно за один день до заседания);
- следить за тем, чтобы все запросы суда о докладах пробации и других служб были зарегистрированы и высланы в соответствующие инстанции;
- вести переговоры с местными отделениями пробации и другими ведомствами и организациями, от которых суду требуются какие-либо сведения;
- проводить опросы подсудимых, содержащихся под стражей, на предмет выявления рисков причинения ими вреда себе или персоналу следственного изолятора и с целью проинформировать родственников об их местонахождении.

В большинстве судов больше не существует психологических преград во взаимодействии судей и сотрудников пробации. Их совместная работа допускает неформальный тон общения в обсуждении как конкретных дел, так и общих вопросов работы суда.

В последнее время в Великобритании судьи говорят о том, что их роль не заканчивается вынесением приговора. Они запрашивают доклады о выполнении осужденными условий приговора, что, в свою очередь, укрепляет значимость пробации в период испытательного срока. И для сотрудника пробации, и для поднадзорного перспектива быть вызванным в суд по поводу успехов (или отсутствия прогресса) в исполнении приговора может послужить сильной мотивацией к действию.

Вопрос о том, как часто должны предоставляться доклады, находится на усмотрении суда. Как правило, промежуточные доклады готовятся раз в три месяца, а по окончании исполнения приговора составляется заключительный доклад. Такой порядок побуждает сотрудников пробации внимательно наблюдать за поднадзорными и добиваться поставленных задач; в то же время судья имеет обратную связь, получая информацию о том, какое воздействие на осужденного оказывает вынесенный им приговор, есть ли какой-то прогресс или нет. Информирование суда о том, как ведется работа с осужденными, является жизненно необходимым компонентом системы исполнения наказаний, в Великобритании этой проблеме уделяется большое внимание.

И.Я. Моисеенко

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРЕСТУПНАЯ ИМИТАЦИЯ

Термин «имитация» часто встречается в криминалистической литературе, при этом обычно криминалисты расценивают имитацию как инсценировку или как один из способов инсценировки. Довольно часто употребляются, например, такие выражения, как «инсценируется самоубийство», «имитируется убийство». Вообще, в обычной речи часто используется термин «имитация», когда имеют в виду подражание, уподобление кому-то определенному объекту (человеку, животному, предмету). Например, на театральной сцене, в кинофильмах артисты имитируют внешность известных людей, их походку, подражают голосу и речи как людей, так и животных. Широко используется имитация на театральной сцене: горение костра, взрывы, выстрелы из бутафорского оружия и др. При промышленном изготовлении различной бижутерии также имитируются изделия под золото, серебро, драгоценные камни и т.п. Но подобная имитация не является преступной. Если же имитация совершается с преступной целью, то её следует называть преступной.

Сущность же **преступной имитации** заключается в умышленном подражании, уподоблении какому-то определенному объекту при совершении преступления с целью маскировки личности, животного, какого-либо предмета. Целью преступной имитации является не простое изменение признаков маскируемого объекта, а умышленное создание новых признаков у существующего или создание нового объекта для достижения сходства с заранее определенным объектом (человеком, животным, предметом). Что касается человека, то возможна имитация внешнесоматических (частей и деталей тела), функциональных (особенностей походки, осанки, мимики, голоса и речи), а также сопутствующих признаков (одежды, украшений, иных мелких носимых вещей).

Довольно часто преступники, для облегчения совершения мошенничества, разбоев, убийств и других преступлений, переодеваются в форму охранников, полиции, сотрудников ГИБДД, врачей и для большей убедительности предъявляют потерпевшим поддельные удостоверения личности.

Если же преступник, чтобы не быть в будущем опознанным, просто переодевается в другую одежду, надевает парик, темные очки, никому конкретно не подражая, то это будет иной самостоятельный способ маскировки личности, но не преступная имитация. Чтобы быть еще более похожим на конкретную личность, преступники не только имитируют её внешность, но и умело изображают её голос, речь. Например, в последнее время получил широкое распространение такой способ совершения мошенничества, когда преступник звонит пожилым людям и, изображая взволнованный голос сына, сообщает, что он попал в автоаварию и, чтобы не возбуждали уголовное дело, надо собрать такую-то сумму денег и передать лицу, который за ними придёт. Довольно часто, будучи взволнованными, потерпевшие отдавали деньги.

Возможна и имитация животных с определенной преступной целью. Причем в качестве таких объектов могут быть использованы как живые существа, так и их изображения в виде чучел с приданием им с помощью различных механических устройств необходимых функциональных качеств. Так, иногда совершаются мошенничества при продаже собак, кошек, когда с помощью искусственной окраски, определенной стрижки менее породистым придается облик более породистой, редко встречающейся породы, оцениваемой на рынке значительно дороже. Нередко при совершении преступлений имитируют голоса животных с целью подачи различных сигналов (например, о подходе работников полиции к месту совершения преступления).

При преступной имитации предметов также может иметь место придание им определенных признаков объекта подражания как внешних, так и функциональных. Так, самодельное холодное оружие стилет может быть замаскировано под трость (рукоятка трости одновременно является рукояткой стилета, а его клинок вставляется в пустотелую часть трости); макету определенной модели пистолета придается функция производства звука выстрела, хотя никакой снаряд из ствола не вылетает. И наоборот, изготавливается взрывное устройство в виде зажигалки, а когда девочка, нашедшая её, решила использовать для зажигания у себя в квартире газовой плиты, происходит взрыв, причинивший потерпевшей тяжелые увечья. Имели место случаи имитации взрывных устройств в виде почтовых бандеролей, коробок конфет, мобильных телефонов, книг и др.

Иногда имитация используется преступниками для облегчения реализации преступного умысла. Например, чтобы беспрепятственно завладеть денежной выручкой магазина, преступник надевает форму инкассатора. В некоторых случаях имитация используется при осуществлении преступной инсценировки. Так, например, инсценируя производство «законного» обыска в квартире, преступники переодевались в форму работников полиции, предъявляли хозяевам квартиры поддельные удостоверения, постановления о производстве обыска, далее иногда составляли протокол обыска в квартире, унося наиболее ценные вещи и деньги.

Преступная имитация, являясь самостоятельным способом маскировки преступлений, обычно используется в сочетании с другими способами. Она может быть осуществлена преступником (-ками) на стадии приготовления, во время совершения преступления и после. По своему содержанию преступная имитация гораздо уже преступной инсценировки. В ходе осуществления инсценировки разыгрывается с преступной целью цельный «спектакль» какого-либо события или отдельного обстоятельства (в отношении, например, субъекта преступления, мотива, времени, места его совершения). Под **преступной инсценировкой** следует понимать искусственное создание преступником или иными лицами совокупности признаков определенного события (преступного или не противоправного по содержанию), обстоятельства, фактически не существовавших, с целью ввести в заблуждение, дезинформировать следователя и иных лиц относительно подготовляемого или совершенного преступления.

ФОРЕНЗИКА – КОМПЬЮТЕРНАЯ КРИМИНАЛИСТИКА

Современный технический прогресс в сфере развития компьютерных и информационных технологий порождает принципиально новые общественные отношения, которые и становятся предметом преступных посягательств. Преступники используют современные достижения информационных технологий для совершения преступлений новыми способами и при помощи новых орудий. Например, даже традиционные преступления, как кража, мошенничество, в наш век совершаются при помощи сети Интернет. Новыми являются лишь орудия совершения – веб-сайт, электронная почта, платежная система. Кроме того, появилось множество новых, ранее неизвестных способов преступлений в сфере компьютерной информации и высоких технологий.

Хотя традиционные разделы криминалистики развиваются уже длительное время, в них накоплен большой опыт, разработаны методики исследования, а некоторые особенности криминалистических технологий отражены в законодательстве, однако появлению новых технических оснащенных способов совершения преступлений должны противостоять технически оснащенные способы раскрытия преступлений в сфере компьютерной информации и высоких технологий. Для успешного противодействия компьютерным преступлениям необходимо создавать собственное техническое оснащение органов расследования преступлений и заимствовать передовой опыт зарубежных стран.

Современное законодательство направлено на использование достижений науки и техники, современных технологий и информационных систем. Так, согласно ст. 11 Федерального закона «О полиции», «полиция в своей деятельности обязана использовать достижения науки и техники, информационные системы, сети связи, а также современную информационно-телекоммуникационную инфраструктуру»¹. Полиция использует технические средства, включая средства аудио-, фото- и видеофиксации, при документировании обстоятельств совершения преступлений, административных правонарушений, обстоятельств происшествий, в том числе в общественных местах, а также для фиксации действий сотрудников полиции, выполняющих возложенные на них обязанности. Федеральный орган исполнительной власти в сфере внутренних дел обеспечивает полиции возможность использования информационно-телекоммуникационной сети Интернет, автоматизированных информационных систем, интегрированных банков данных.

Устанавливая общие правила производства следственных действий, действующий УПК допускает применение технических средств. В соответствии с п. 6 ст. 164 УПК «при производстве следственных действий могут применяться технические средства и способы обнаружения, фиксации и изъятия следов преступления и вещественных доказательств»².

В исследуемой области за рубежом появляются новые направления деятельности, связанные с раскрытием и расследованием компьютерных преступлений. Одно из этих направлений – компьютерная форензика.

Термин «форэнзика» произошел от латинского «foren», что значит «речь перед форумом», т.е. выступление перед судом, судебные дебаты – это был один из любимых жанров в Древнем Риме, известный, в частности, по работам Цицерона. В русский язык это слово пришло из английского. Термин «forensics» является сокращенной формой «forensic science», дословно «судебная наука», т.е. наука об исследовании доказательств – именно то, что в русском именуется криминалистикой. Соответственно, раздел криминалистики, изучающий компьютерные доказательства, называется по-английски «computer forensics»³. При заимствовании слово сузило свое значение.

В 2002 г. авторы книги «Компьютерная криминалистика» Крузе и Хейзер определили компьютерную форензику, связанную с «сохранением, идентификацией, извлечением, документированием и интерпретацией компьютерных данных»⁴. Эти авторы рассматривали дисциплину больше «как искусство, чем науку», указав, что судебная методология опирается на гибкость и обширные знания⁵.

Таким образом, основное назначение форензики как компьютерной криминалистики заключается в исследовании цифровых носителей информации с целью выявления, фиксации, сохранения,

восстановления, анализа и представления фактических данных и заключений об информации. Поэтому русское «форензика» означает не всякую криминалистику, а именно компьютерную.

Форензика призвана решать следующие задачи:

- разработка тактики оперативно-разыскных мероприятий (ОРМ) и следственных действий, связанных с компьютерной информацией;
- создание методов, аппаратных и программных инструментов для сбора и исследования доказательств компьютерных преступлений;
- установление криминалистических характеристик правонарушений, связанных с компьютерной информацией.

Сферы применения форензики следующие:

1. Раскрытие и расследование уголовных преступлений, в которых фигурируют компьютерная информация как объект посягательства, компьютер как орудие совершения преступления, а также какие-либо цифровые доказательства.

2. Сбор и исследование доказательств для гражданских дел, когда такие доказательства имеют вид компьютерной информации. Особенно это актуально по делам о нарушении прав интеллектуальной собственности, когда объект этих прав представлен в виде компьютерной информации – программа для ЭВМ, иное произведение в цифровой форме, товарный знак в сети Интернет, доменное имя и т.п.

3. Страховые расследования, проводимые страховыми компаниями касательно возможных нарушений условий договора, страхового мошенничества, особенно когда объект страхования представлен в виде компьютерной информации или таким объектом является информационная система.

4. Внутрикorporативные расследования инцидентов безопасности, касающихся информационных систем, а также работы по предотвращению утечки информации, содержащей коммерческую тайну и иные конфиденциальные данные.

5. Военные и разведывательные задачи по поиску, уничтожению и восстановлению компьютерной информации в ходе оказания воздействия на информационные системы противника и защиты своих систем.

6. Задачи по защите гражданами своей личной информации в электронном виде, самозащите своих прав, когда это связано с электронными документами и информационными системами.

Некоторые авторы разделяют компьютерную криминалистику (computer forensics) и сетевую криминалистику (network forensics). Применяемые методы в том и в другом случае действительно отличаются⁶.

Итак, форензика – прикладная наука о раскрытии преступлений, связанных с компьютерной информацией, об исследовании доказательств в виде компьютерной информации, методах поиска, получения и закрепления таких доказательств. Форензика является подразделом криминалистики.

Форензика (компьютерная криминалистика) является прикладной наукой о раскрытии и расследовании преступлений, связанных с компьютерной информацией, о методах получения и исследования доказательств, имеющих форму компьютерной информации (так называемых цифровых доказательств), о применяемых для этого технических средствах.

В связи с тем, что компьютерная форензика имеет свой предмет и методы исследования, свою новую область применения, то допустимо ставить вопрос о новой отрасли криминалистической техники наряду с традиционными.

¹ О полиции: Федеральный закон РФ от 7 февраля 2011 г. №3-ФЗ // Российская газета. 2011. 8 февр.

² Уголовно-процессуальный кодекс РФ ФЗ №174-ФЗ от 18 декабря 2001 года (в ред. ФЗ от 01.03.2012 №18-ФЗ).

³ Michael G. Noblett; Mark M. Pollitt, Lawrence A. Presley // Recovering and examining computer forensic evidence. URL: <http://www.fbi.gov/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/oct2000/computer.htm>.

⁴ Warren G. Kruse; Jay G. Heiser (2002). *Computer forensics: incident response essentials* // Addison-Wesley. P. 392. ISBN 0-201-70719-5. <http://books.google.com/books?id=nNpQAAAAMAAJ>.

⁵ Gansch G. An Examination of Digital Forensic Models. URL: <http://www.utica.edu/academic/institutes/ecii/publications/articles/A04A40DC-A6F6-F2C1-98F94F16AF57232D.pdf>.

⁶ Федотов Н.Н. Форензика – компьютерная криминалистика. М.: Юридический мир, 2007. С. 20.

ПРАВОВАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ В ПРАВОВОЙ РЕГУЛЯЦИИ СИСТЕМ «ЧЕЛОВЕК» – «ОБЩЕСТВО» (СФЕРА ПРАВА В ПСИХОЛОГИИ ЖИЗНЕДЕЯТЕЛЬНОСТИ)

В продолжение ознакомления участников конгресса с результатами многолетнего исследования, проводимого на юридическом факультете университета (кафедра уголовного процесса и криминалистики¹, предлагаем вниманию отчёт очередного этапа изучения жизнедеятельности (ЖД) в правовой регуляции систем «человек»-«общество». В предыдущих публикациях рассмотрено «объект-субъектное» отображение условий жизни субъекта правовой деятельности – с позиции «внешнего» наблюдателя: оценки населением социальных институтов правовой регуляции, негативных явлений в деятельности юристов, проблемных явлений в обществе, связанных с негативными явлениями в правовой деятельности; и «субъект-объектное» – с позиции «включённого» наблюдателя: качества жизни, ресурсности, стрессогенных ситуаций, предикатов производительности – привлекательности труда.

Сегодня остановимся на результатах исследования предикатов производительности-привлекательности юридического труда (в межгрупповом и внутригрупповом сравнении). Параметры «производительности – привлекательности» юридической деятельности связаны с организацией труда и управления персоналом – основ правовой деятельности. Правовая деятельность человека связана с социально-экономическим и социально-политическим состоянием общества, а в более конкретном смысле с законодательством общества – соблюдением норм права в поведении и различных видах деятельности.

Организация труда и производительность-привлекательность правовой деятельности – межгрупповое сравнение

У сотрудников ОВД и гражданско-правовых юристов отмечаются различия организации труда и управления персоналом в ОВД и гражданско-правовой сфере права – различия отмечены в санкционирующих и лимитирующих признаках, которые по-разному влияют на производительность – привлекательность *правовой деятельности* (таблица).

Сравнительные характеристики (гр.6 – гражд.-правов. юристы, гр. 2 – сотрудники ОВД, стаж – до 10 лет)	
Значимость различий: $0,001 \leq p \leq 0,05$	
Санкционирующие признаки	Лимитирующие признаки
группа 6 – гражданско-правовые юристы, стаж – до 10 лет	
Предикаты <i>производительности</i> правовой деятельности	
1. Оплата, связанная с результатами труда (7,38 балла) 2. Труд, развивающий личностные качества (7,38 балла)	1. Слабая воспитательная работа (5,81 балла от maximum 10 баллов)
Предикаты <i>привлекательности</i> правовой деятельности	
1. Перспектива профессиональной карьеры (7,68 балла) 2. Оплата, связанная с результатами труда (7,59 балла)	1. Слабая воспитательная работа (5,47 балла)
группа 2 - сотрудники ОВД, стаж – до 10 лет	
Предикаты <i>производительности</i> правовой деятельности	
1. Отсутствуют	1. Оплата, не связана с результатами труда (6,25 балла) 2. Дополнительные льготы: нет связи с результатами труда (5,83 балла)
Предикаты <i>привлекательности</i> правовой деятельности	
1. Дополнительные льготы (6,76 балла)	1. «Уравниловка» оплаты, нет связи с результатами труда (6,30 балла) 2. Слабая воспитательная работа (5,82 балла)

Организация труда и управление персоналом в ОВД отличаются преобладанием препятствующих (лимитирующих) признаков (таблица), дезорганизующих правовую деятельность: производи-

тельность не связана с результатами юридического труда в ОВД, привлекательность труда в ОВД связана со «льготами» вне связи с результатами (вне смысла и вне задач) юридического труда. Не нацеленная на результат организация труда в ОВД снижает производительность собственно правовой деятельности и ставит её в зависимость от отношений с руководителем: предикат правового обеспечения труда (6,91 балла) меньше, чем предикат хороших отношений с руководителем (7,17 балла).

У гражданско-правовых юристов (таблица) отмечается преобладание признаков, санкционирующих производительность и привлекательность правовой деятельности: оплата, связанная с результатами труда; труд, позволяющий развивать личностные качества; перспективы карьерного роста. Однако организация труда у гражданско-правовых юристов (точно также как и в гр.2 – ОВД) снижает производительность правовой деятельности и ставит её в зависимость от отношений с руководителем: предикат правового обеспечения труда (6,93 балла) меньше, чем предикат хороших отношений с руководителем (7,64 балла).

Настораживающий вывод: в правовой регуляции систем «человек»-«общество» соблюдение норм права в правовой деятельности человека зависит не от действия законов в обществе, а от полномочий и личной власти чиновника – **правовая ирреальность современной России.**

В связи с объявленным выводом рассмотрим соотношение параметров в организации труда и производительности – привлекательности правовой деятельности. Производительность правовой деятельности (обобщённое значение – 6,86 балла) в соотношении с параметрами 11 (правовое обеспечение труда) и 15 (отношения с руководителем) представлена достоверным преобладанием отношений с руководителем ($p \leq 0,001$; 7,64 балла) над правовым обеспечением труда (p -незначимо; 6,93 балла) у гражданско-правовых юристов, у сотрудников ОВД (обобщённое значение производительности – 6,76) также представлена преобладанием отношений с руководителем ($p \leq 0,001$; 7,17 балла) над правовым обеспечением труда (p -незначимо; 6,91 балла). **Это доказывает, что организация труда у гражданско-правовых юристов и сотрудников ОВД не обеспечивает правовую деятельность в соответствии с нормами права в правовой регуляции систем «человек» – «общество», а подменяет её отношениями с руководителем (чиновником) – это дезорганизация правовой деятельности в правовой ирреальности регуляции систем.**

Привлекательность правовой деятельности у гражданско-правовых юристов. Антагонистические эффекты правовой деятельности (значимость различий: $p \leq 0,01$, т.е. имеется несовпадение параметров 7 – «личная правовая ответственность» и 11 – «правовое обеспечение труда», во влиянии на привлекательность правовой деятельности): несоответствие личной правовой ответственности и правового обеспечения труда свидетельствует о несоответствии их влияния на привлекательность правовой деятельности – **нейтрализация (отрицание) личной правовой ответственности** в противовес привлекательности (требованию) правового обеспечения труда в правовой деятельности юристов.

Производительность правовой деятельности у сотрудников ОВД. Различия соотношений параметров у сотрудников ОВД, по сравнению с гражданско-правовыми юристами, следующие: антагонистические эффекты правовой деятельности – несоответствие (значимость различий $p \leq 0,01$) параметров 2–7, 4–7, 2–11 во влиянии на производительность правовой деятельности – оплата труда не соответствует правовой ответственности (параметры 2–7), личностные качества не соответствуют личной правовой ответственности (параметры 4–7), оплата труда не соответствует правовой организации труда (параметры 2–11). Такие эффекты есть **диссолюция (разрушение, ослабление) правовой деятельности в ОВД.**

В деятельности юриста имеют место сложные зависимости между факторами производительности-привлекательности, их краткосрочные и отдалённые по времени эффекты, которые неодинаково влияют на жизнедеятельность. Следовательно, изучение соотношения параметров и их влияния на эффективность правовой деятельности является важным в изучении жизнедеятельности профессионала.

Организация труда и производительность-привлекательность правовой деятельности – внутригрупповое сравнение

В совокупности условия жизни студентов свидетельствуют о раннем учебно-профессиональном самоопределении и более успешной профессиональной первичной адаптации. Поэтому у гражданско-правовых студентов и юристов со стажем – отсутствуют различия отражения условий жизни. **Работающие** студенты более адаптированы к реалиям профессиональной среды, у них одинаковая оценка условий жизни, как и у гражданско-правовых юристов со стажем. **Представления об условиях жизни студентов с ранней профессионализацией (стихийное тьюторство) –**

адекватно-реалистичные (зрелые), гражданско-правовых **юристов со стажем работы** – адекватно-реалистичные (высокой ресурсности).

Предикаты *привлекательности* в организации учебно-профессионального труда **студентов** (значимость различий: $p \leq 0,01$): недооценка самостоятельности (параметр 6), отсутствие воспитательной работы у студентов (параметр 19) – характеризуют **организацию труда: эдукативно-личностная депривация** (отсутствие воспитательной работы в «гражданском» вузе). У **студентов**, как и у юристов со стажем, в **привлекательности правовой деятельности** отмечено несоответствие (значимость различий: $p \leq 0,001$) параметра 7 (личной правовой ответственности) и параметра 11 (правового обеспечения труда), что свидетельствует о **нейтрализации (отрицании) личной правовой ответственности** в противовес привлекательности (требованию) правового обеспечения труда, которые **деформируются уже в студенческие годы**.

Представления о правовой деятельности у курсантов ОВД. Представления курсантов отличаются неадекватностью, недостаточной точностью отображения производительности по сравнению с оценками сотрудников со стажем в ОВД. У курсантов ОВД (при низко выраженных предикатах производительности) отмечается недостаточная эффективность труда при высокой удовлетворённости и при оптимальной напряжённости учебно-служебной деятельности. Такое **представление курсантов** об условиях жизни (учебно-служебных условиях: менторства в обучении, социальной и правовой депривации) обозначено как **дефицитарно-дискурсивное** (недостаточно адекватное, беззаботное, самоуверенное, сниженное по эффективности труда). Антагонизм правовой деятельности в **представлениях курсантов, как и у сотрудников ОВД со стажем**: несоответствие (различия: $p \leq 0,001$) низкой привлекательности личной правовой ответственности (параметр 7 – 5,93 балла) и правового обеспечения труда (параметр 11 – 7,0 балла) – **нейтрализация (отрицание) личной правовой ответственности**.

Представления сотрудников ОВД (стаж до 10 лет) об организации труда и условиях жизни обозначены как адекватные, осцилляторно-ремиттирующие (пикообразные сочетания способствующих и тормозящих признаков, антагонизм организации труда, сохранение тормозящих признаков в течение длительного времени).

Резюме. Социально-психологический этап изучения условий жизни и правовой деятельности сотрудников ОВД и гражданско-правовых юристов позволил выявить динамику условий жизни, организацию юридического труда, антагонизм правовой деятельности и различия социально-профессиональной среды. Представления студентов и юристов со стажем работы являются уровнем познания объективной реальности, они играют роль промежуточного звена во взаимодействиях с окружающей социально-профессиональной средой.

Отсюда следует, что неадекватные оценки студентами и курсантами предикатов правовой деятельности неминуемо проявятся в виде психологической неподготовленности (безотносительно уровню полученных знаний и умений) к юридическому труду и осуществлению правовой деятельности. Выявленные психологические закономерности требуют реноваций профессиональной подготовки юристов².

Влияние условий жизни на индивидуальность может быть изучено в *стиле жизнедеятельности юриста* – результаты будут представлены в последующих публикациях.

¹ Шмыков В.И. Социально-профессиональные особенности деятельности юристов // Перм. конгресс учёных-юристов. Пермь, 2010. С. 77–81.

² Михайлов С.Г., Шмыков В.И. Профессиональное становление психической устойчивости // Высшее образование сегодня. 2007. №9. С. 39–42.

VIII. МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО

Е.А. Аристова

Российская академия правосудия, г. Москва

ПЕРСПЕКТИВЫ УНИФИКАЦИИ НОРМ ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ТРАНСГРАНИЧНЫХ КОРПОРАТИВНЫХ ГРУПП

Проблема правового регулирования деятельности трансграничных корпоративных групп является одной из наиболее актуальных в последние десятилетия и обсуждается в разных аспектах и на разных уровнях. Вопросы привлечения данных субъектов права к ответственности за последствия деятельности в принимающих государствах также на повестке дня международных организаций. Автор предлагает рассмотреть перспективы унификации норм об ответственности трансграничных корпоративных групп.

На сегодняшний день большинство отечественных специалистов полагают, что унификация правового регулирования трансграничных корпоративных групп на международном уровне является приоритетом. Признавая международно-правовую унификацию правового регулирования трансграничных групп без сомнения одной из главных целей, как для государств, так и международных организаций, отметим, что на современном этапе она может рассматриваться только как несбыточный идеал. Общеизвестно, что попытки разработать единый документ были предприняты еще в 70-х годах XX в. на уровне ООН, однако до сих пор не увенчались успехом.

Невозможность международно-правовой унификации обусловлена, во-первых, разными целями и приоритетами, конфликтом интересов государств базирования и принимающих государств, а, во-вторых, различиями в подходах к регулированию юридических лиц в правовых системах и разным уровнем разработки законодательства, опосредующего отношения с участием корпоративных групп.

Развивающиеся государства конкурируют за привлечение на свою территорию прямых иностранных инвестиций, являющихся источником экономического роста, создания новых рабочих мест, внедрения высоких технологий и ноу-хау в производство. В этой связи, с одной стороны, сами государства очень часто не хотят и не намерены налагать на трансграничные корпоративные группы обязательства, нарушение которых грозит существенными санкциями, вплоть до приостановления деятельности и преследования в судебном порядке. С другой стороны, политическое влияние трансграничных групп, достигаемое посредством лоббирования, финансирования предвыборных кампаний чиновников или взяток, иногда настолько велико, что позволяет им эффективно противостоять любым способам установления высоких стандартов осуществления деятельности в принимающих государствах, которые бы в значительной мере снизили их конкурентные преимущества.

Принимающие государства не заинтересованы в длительных судебных процессах против трансграничных корпоративных групп. Даже в том случае, когда имеются юридические основания привлечения дочерних юридических лиц крупных западных головных корпораций к ответственности, истцы не имеют возможности реализовать свои права на защиту в суде из-за политического давления на судей, коррупции либо слабо развитого процессуального законодательства. В июле 2005 г. против корпорации BP Exploration Company группой фермеров из Колумбии был подан классовый иск в Верховный суд Англии в защиту окружающей среды и с целью предотвращения экологической деградации земли, вызванной строительством трубопровода. Истцы настаивали, чтобы процесс проходил в Лондоне, несмотря на попытки ответчиков перенести рассмотрение иска в Боготу на основании доктрины *forum non conveniens*, поскольку в Колумбии юристы пострадавших жителей при попытке расследовать ситуацию и собрать доказательства систематически получали угрозы. Другой пример, когда в судах Великобритании анализировались основания переноса судебного разбирательства в другую юрисдикцию, – это дело *Lubbe v. Cape*. Ответчик полагал, что Южная Африка является более подходящим форумом. Палата Лордов отказала в переносе, приняв во внимание довод истцов о том, что у пострадавших в силу материального положения нет возможности самостоятельно оплачивать судебные расходы, а такая конструкция как «гонорар успеха» в Южной Африке запрещена. Поскольку Южная Африка только восстанавливалась после режима апартеида, финансирование судебной системы находилось на низком уровне, суд посчитал, что оставить процесс в Великобритании, позволив правозащитным организациям представлять истцов, было бы справедливым.

Вместе с тем даже возбуждение гражданского судопроизводства, а также вынесение решения в пользу истцов не всегда означает успешное урегулирование деятельности трансграничных корпоративных групп и пресечение противоправной деятельности. На практике известны случаи, когда трансграничные корпоративные группы игнорировали постановления. Так, дочерняя компания корпоративной группы «Шелл» (Shell), несмотря на запрет факельного сжигания газа при добыче нефти в Нигерии, вначале добилась продления срока на один год, а после его истечения при отсутствии реакции от органов государственной власти продолжала незаконно осуществлять деятельность, несмотря на требования правозащитных организаций и общественности.

В свою очередь, государства базирования также устраивает ситуация, когда их экономическая стабильность во многом обеспечивается за счет контроля крупнейшими трансграничными корпоративными группами природных ресурсов, полной зависимостью развивающихся государств от иностранных инвестиций. Таким образом, можно отметить, что интересы государств базирования и принимающих государств в настоящий момент не связаны с разработкой международного договора, который бы преодолел пробелы правового регулирования трансграничных корпоративных групп.

Ситуация усугубляется существенными различиями в правовом регулировании юридических лиц. Необходимо отметить дифференцированный подход национальных законодательств к определению понятия трансграничных корпоративных групп, пределов государственного вмешательства в регулировании их деятельности, детерминации критерия контроля в рамках корпоративных групп, единообразных критериев установления национальности юридических лиц. С учетом вышеизложенного, следует согласиться с А.В. Асосковым в том, что «наибольшие перспективы в регулировании имеет направления конструирования наднациональных организационно-правовых форм юридических лиц частного права»¹. Преодоление различий национальных законодательств о регулировании юридических лиц может и должно быть первым шагом к разработке унифицированного акта на международном уровне.

Унификация норм об ответственности трансграничных групп в дальнейшем должна коснуться следующих трех сфер: 1) материально-правовая унификация оснований привлечения головной корпорации к ответственности (должны быть разработаны единообразные нормы, определяющие при наличии каких признаков головная корпорация должна нести ответственность); 2) унификация коллизионных привязок для определения права, применимого к правоотношениям, связанным с ответственностью трансграничных корпоративных групп (требуется определить, будет ли личный закон головной корпорации или дочерней компании определять возможность привлечения или содержание ответственности); 3) унификация критериев определения международной подсудности по делам о привлечении к ответственности головной корпорации должна ответить на вопрос, в какой юрисдикции должен решаться вопрос об ответственности головной корпорации – место инкорпорации головной корпорации или дочерней компании, место суда, место совершения правонарушения. Следует отметить, что успех норм об унификации на международном уровне будет во многом зависеть от разработки механизма привлечения трансграничных корпоративных групп к ответственности. Функционирование такого механизма возможно как на уровне международных организаций, так и в государствах-участниках международного договора.

Принимая во внимание вышеизложенные трудности, специалисты предлагают альтернативные варианты урегулирования деятельности трансграничных корпоративных групп. Профессор А.О. Иншакова выделяет в перспективе три уровня сближения национального законодательства: 1) унификация в рамках международных организаций (ВТО, ОЭСР); 2) унификация в рамках региональных союзов (ЕС, НАФТА); и 3) концепция «международного корпоративного права»². По мнению ученого, международное корпоративное право разрабатывается самими участниками предпринимательской деятельности, в том числе, через заключение договоров с государствами³. Нельзя в этой связи не вспомнить о концепции «транснационального права», разработанной американским профессором Ф. Джессопом. Субъекты транснационального права, к которым относятся также граждане и юридические лица, сами создают нормы права, которые занимают промежуточное положение между международным и внутренним правом.

На наш взгляд, нельзя не отметить перспективы частноправовой унификации, которая может быть действенным вариантом правового регулирования только в том случае, если трансграничные корпоративные группы будут применять разработанные единообразные нормы. Проблема кодексов поведения, разработанных международными правительственными и неправительственными организациями, в том, что трансграничные корпоративные группы присоединяются к таким документам, признают их частью системы локальных нормативных актов, однако не соблюдают их при осуществлении предпринимательской деятельности.

Наконец, в качестве еще одного потенциального метода правового регулирования ответственности трансграничных корпоративных групп можно обозначить разработку единообразных актов на уровне международных правительственных и неправительственных организаций. Перспективным может оказаться дальнейшее изучение моделей ответственности головной корпорации, разработанных на национальном уровне, и создание модельных или типовых законов, направленных на сближение способов и методов правового регулирования разных государств. К примеру, доктрина проникновения за корпоративный иммунитет применяется в государствах, принадлежащих системам континентального и общего права, при отсутствии единообразия в применении критерия контроля. Доктрина единого предприятия используется в большей степени в публично-правовой сфере, однако судебная практика свидетельствует о возможности использовать модель в частноправовых отношениях. Единообразные нормы будут способствовать развитию этой тенденции. Наконец, доктрина должной заботливости нашла воплощение в Великобритании, Австралии, Канаде и Нидерландах. Применение единообразных конструкций судами перечисленных и других государств будет способствовать сокращению сроков ведения разбирательств и расходов, что скажется благотворно для истцов. Последующая трансформация разработанных норм в национальное право приведет к гармонизации правовых систем.

¹ Асосков А.В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М., 2003. С. 335.

² Иншакова А.О. Унификация корпоративного регулирования в Европейском Союзе и Содружестве Независимых Государств: дис. ... докт. юр. наук. М., 2008. С. 84–85.

³ Там же. С. 63.

Т.Е. Логинова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ИПОТЕКА ЗЕМЛИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ГЕРМАНИИ

В период активного формирования и развития рыночных отношений в Германии (с середины XIX века) начался бурный рост гражданско-правового оборота, проявившийся, в частности, в увеличении числа заключаемых договоров. В этой связи существенно возрос интерес к способам обеспечения исполнения обязательств, среди которых особое место занимает залог, особенно такая его разновидность как ипотека. Это было связано, в первую очередь, с тем, что при рыночных отношениях именно ипотека во многом способствует повышению стабильности гражданско-правового оборота; ипотечные отношения, предметом которых выступает недвижимое имущество, создают реальные гарантии защиты интересов кредиторов, позволяющие им осуществлять долгосрочное кредитование и заключать иные гражданско-правовые сделки, характеризующиеся значительной стоимостью. Ипотечные отношения выгодны и для должника, поскольку они позволяют ему использовать заложенное имущество и получать от этого доход.

Изучение ипотечного права Германии построено на анализе Германского гражданского Уложения и некоторых работ известных немецких правоведов (например, Ф. Бауер «Учебник вещного права»; К. Мюллер «Вещное право»; Х. Вестерманн «Вещное право» том 2 и др.).

В качестве главной особенности исторического развития ипотеки в Германии следует выделить множественность форм данного правового института, на которые не смогла повлиять даже рецепция римского права. С 1990 г. в Германии основным источником ипотечного права является Германское Гражданское Уложение (ГГУ). Оно содержит основную массу правовых норм, регулирующих ипотеку земли.

Германские ученые-правоведы на рубеже веков были разделены на две основные группы по вопросу правовой природы залога. Сторонники вещно-правового характера залога (Гельвиг, Дернбург, Экснер и др.) с теми или иными оговорками, в качестве главных аргументов в пользу своей позиции традиционно выдвигали право следования и право преимущественного удовлетворения требований залогодержателя перед другими кредиторами. Сторонники обязательственно-правового характера залога был создан целый ряд интересных концепций. Согласно «концепции обязательства лица» (Зом, Мейбом) обязанным субъектом являлся тот, кто в момент взыскания был собственником предмета залога. Бюхель, известный как автор «концепции обязательства вещи» полагал, что именно заложенная вещь выполняет роль обязанного субъекта, представителем которой выступает ее соб-

ственник. Бринц пытался объяснить обязательственно-правовой характер залога через т.н. «концепцию широкого понимания обязательства» Он считал, что обязательство возникает всегда, когда присутствуют требование и ответственность, как личная, так и вещная.

С принятием ГГУ залог оказался законодательно отнесенным к вещным правам, и в наши дни различные концепции, выдвинутые немецкими цивилистами в обоснование вещного или обязательственного характера залога, рассматриваются преимущественно с историко-правовой точки зрения.

Немецкому праву известно несколько видов ипотеки и поземельного долга.

Оборотная ипотека представляет собой главный вид ипотеки в немецком праве, к которому применяется основная часть ипотечных норм ГГУ. Она бывает документальной и книжной.

Документальная ипотека предназначена для упрощения оборотоспособности ипотеки, она представляет собой общее правило, а книжная ипотека – исключение. Для установления документальной ипотеки помимо соглашения сторон и регистрации в поземельной книге как обычных предпосылок для возникновения ограниченного вещного права требуется также передача ипотечного свидетельства. Значение ипотечного свидетельства для документальной ипотеки очень велико и проявляется в функциях этой ценной бумаги. Первая из них связана с возникновением ипотеки, поскольку передача ипотечного свидетельства – необходимое условие возникновения ипотеки. Вторая функция связана с реализацией прав из ипотеки. При документальной ипотеке против осуществления этих прав залогодателем может быть предъявлено возражение, если залогодержатель не представит ипотечного свидетельства. Третья функция ипотечного свидетельства заключается в придании ипотеке оборотного характера и существенном упрощении ее оборотоспособности в целом. Для уступки ипотеки достаточно наличия письменного заявления о такой уступке и передачи ипотечного свидетельства; дополнительного внесения записи в поземельную книгу об уступке ипотеки не требуется.

Для возникновения книжной ипотеки помимо соглашения и регистрации в поземельной книге стороны должны дополнительно достичь соглашения об исключении ипотечного свидетельства и внести ее в поземельную книгу. Книжная ипотека, об установлении которой свидетельствует только содержание поземельной книги, предназначена для тех случаев, когда ипотека не должна быть предметом оборота.

Следовательно, документальная ипотека гораздо удобнее для сторон ипотечного отношения, чем книжная ипотека: для залогодержателя – за счет простой процедуры передачи ипотеки, а для залогодателя – за счет возможности определения им самим момента приобретения ипотеки залогодержателем.

Следующий вид ипотеки – это обеспечительная ипотека, которая представляет собой противоположность оборотной ипотеке; она не предназначена для частого и быстрого оборота, в связи с чем имеет весьма небольшое распространение. При ней право кредитора, вытекающее из ипотеки, определяется исключительно содержанием обеспечиваемого требования, и кредитор в подтверждение своего требования не может сослаться на запись, внесенную в поземельную книгу. Основным характерным признаком обеспечительной ипотеки является ее строгая акцессорность. Незначительное применение обеспечительной ипотеки в договорных отношениях, в том числе и в банковской практике, в определенной степени компенсировано немецким законодателем за счет использования обеспечительной ипотеки в качестве меры принудительного обеспечения применительно к земельному участку. Возникающие в силу закона ипотеки представляют собой обеспечительные ипотеки. В немецкой цивилистике это обосновывается тем, что принудительное обременение, осуществляемое без учета воли собственника, должно иметь наиболее удобную для него форму. Обеспечительная ипотека возникает в том же порядке, что и оборотная, стой лишь особенностью, что в регистрационной записи должно быть ясно указано на установление именно обеспечительной ипотеки. Важная особенность обеспечительной ипотеки проявляется в решении вопроса о бремени доказывания: при реализации своих прав из ипотеки залогодержатель не имеет права сослаться на содержание поземельной книги.

Наконец, еще один вид – общая ипотека, которая является сложной по своей конструкции. При общей ипотеке для обеспечения одного и того же требования устанавливается одна ипотека в отношении нескольких земельных участков, каждый из которых «отвечает» за все требование в полном объеме. При общей ипотеке не имеет значения, принадлежат ли земельные участки одному или нескольким собственникам, и совпадают ли должник и собственник заложенного участка в одном лице. Таким образом, кредитор избавляется практически от всех экономических рисков, поскольку потенциальное снижение стоимости одного участка компенсируется из резерва стоимости остальных участков или вообще за счет повышения стоимости одного из них.

Насколько общая ипотека выгодна кредитору обеспечиваемого требования, настолько она невыгодна собственнику или собственникам заложенных участков. Это объясняется и тем, что кредитор обеспеченного общей ипотекой требования 1) по своему усмотрению может требовать удовлетворения в целом или в части из каждого отдельного участка и 2) имеет право распределить сумму требования между отдельными участками таким образом, чтобы за счет каждого из них удовлетворялась определенная часть требования.

Что касается поземельного долга, то он представляет собой такое обременение земельного участка, при котором лицу, в пользу которого оно установлено, может быть выплачена определенная денежная сумма за счет стоимости земельного участка.

Принципиальная разница между ипотекой и поземельным долгом заключается в вопросе акцессорности. Если ипотека является акцессорным правом, то поземельный долг вообще не предполагает наличия обеспечиваемого им требования. Именно на эту независимость поземельного долга от требования и сделан акцент в германском законодательстве. Несмотря на существование основополагающего различия в вопросе акцессорности, ипотека и поземельный долг схожи во многих моментах. Также как и в ипотечном праве, поземельный долг может быть документальным и книжным. При обременении поземельным долгом нескольких земельных участков возникает общий поземельный долг. Установление и передача поземельного долга осуществляются путем соглашения сторон и внесения в поземельную книгу и соглашения сторон и передачи свидетельства о поземельном долге соответственно.

Сегодня в немецкой доктрине и правоприменительной практике именно поземельный долг рассматривается в качестве основного вида залоговых прав на землю. Поземельный долг во многом вытеснил ипотеку.

Таким образом, отдельные выявленные стороны регулирования института ипотеки в Германии могут быть использованы в российском законодательстве.

Е.В. Мохова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПЕРСПЕКТИВЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРАНСГРАНИЧНОЙ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: КОНФЛИКТ ИНОСТРАННОГО БАНКРОТНОГО И ОТЕЧЕСТВЕННОГО ИСКОВОГО ПРОИЗВОДСТВ

В Российской Федерации продолжается разработка законопроекта, посвященного регулированию трансграничной несостоятельности. Видится, что данная инициатива Министерства экономического развития РФ является весьма своевременной и востребованной. Отсутствие регламентации обозначенных общественных отношений в России накладывается на все возрастающее количество дел в судах, где в том или ином аспекте поднимается вопрос о трансграничной несостоятельности (несостоятельности, осложненной иностранным элементом, в том числе в виде разногосударственной принадлежности кредиторов и должника, нахождения активов должника за рубежом).

Среди множества нерешенных вопросов можно обозначить проблему взаимодействия иностранного банкротного производства и российского искового производства. Так, суды все чаще задаются вопросом, как они должны поступать в случае, если при извещении иностранного ответчика о судебном разбирательстве в российском суде суды получают сообщение о том, что извещение о процессе получено иностранным арбитражным управляющим, либо последние сами направляют в российские суды заявления с просьбой учесть тот факт, что иностранная компания – ответчик в российском исковом процессе находится в стадии банкротства за рубежом.

Придание правовых последствий иностранному банкротству возможно только в рамках процедуры получения экзекватуры – признание иностранных судебных решений по делу о несостоятельности предусмотрено пунктом 6 статьи 1 Федерального закона от 26.10.2002 №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». При этом предусмотрено признание именно решений, а не иных судебных актов, что приводит слишком «поздним» экзекватурам и неэффективности механизма признания иностранных банкротств. Если признание иностранного банкротства не было осуществлено, у российского суда возникают сложности с тем, чтобы учесть производство по делу о несостоятельности за рубежом, тем более – на стадии подачи искового заявления в отношении такого должника (за ис-

ключением случая, если юридическое лицо уже ликвидировано, т.е. утратило свое качество субъекта права).

В силу части 1 статьи 148 АПК РФ арбитражный суд оставляет исковое заявление без рассмотрения, если после его принятия к производству установит, что заявлено требование, которое в соответствии с федеральным законом должно быть рассмотрено в деле о банкротстве. Формальный подход к толкованию данной нормы приводит к следующим выводам: дело о банкротстве рассматривается в иностранном суде на основании иных источников права, а не на основе российского федерального закона. В вышеописанной ситуации требование не может быть рассмотрено в деле о банкротстве на основании российского федерального закона, что не дает оснований для применения указанных положений статьи 148 АПК РФ, а значит, факт иностранного банкротства в такой ситуации и на данной стадии судебного разбирательства не может быть принят во внимание.

Такое толкование не позволяет учесть, что действия истца (потенциального кредитора в иностранном банкротстве) могут быть порождены стремлением к обходу закона и злоупотреблением правами, и исковое производство в России начато им с целью обойти иностранное банкротное производство.

С другой стороны, если толковать весьма расширительно вышеназванную статью АПК РФ и под «федеральным законом» понимать также и иностранное законодательство, позволяющее рассмотреть заявленное в России исковое требование в деле о банкротстве за рубежом, то можно также прийти к не совсем адекватному правовому результату. Такой односторонний универсализм также не соответствует публичным интересам государства и ставит отечественных кредиторов в неблагоприятное положение, т.к. понуждает их защищать их права в рамках иностранного дела о несостоятельности, которое может быть возбуждено в весьма отдаленном от РФ государстве. При этом учет требований российских кредиторов за рубежом может существенно отличаться от российской модели. Нельзя исключить и возможные дискриминационные факторы в зарубежном банкротстве в отношении иностранцев, а также традиционную для трансграничных банкротств проблему неудовлетворения требований иностранных налоговых органов как кредиторов.

Суды оказываются, таким образом, в затруднительном положении, но придерживаются все же строгого толкования содержания процессуальных норм.

Если предположить, что поддерживаемый на сегодняшний день в России жесткий территориальный подход в регулировании вопросов трансграничной несостоятельности направлен на защиту интересов отечественных кредиторов, то, в действительности, его преимущества весьма иллюзорны, поскольку, во-первых, не только отечественные кредиторы могут таким образом обойти иностранное банкротство, но и иностранные, а во-вторых, со стороны иностранных государств можно будет ожидать аналогичной реакции по игнорированию российских банкротств и допущения их обхода в иностранном исковом производстве.

Между тем решением проблемы было бы создание системной правовой регламентации трансграничной несостоятельности на основе теории модифицированного универсализма (теории основного и вторичного производства). Данная модель позволяет кредиторам инициировать не только основное производство по делу о несостоятельности по месту нахождения центра основных интересов должника, но и вторичное производство по месту нахождения так называемого предприятия (истеблишмента) должника (любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары) или по месту нахождения его активов (как предлагается зафиксировать в законопроекте). Вторичное производство может предотвратить негативные последствия обходов иностранных банкротств за счет российских исковых производств и обеспечить при этом учет интересов отечественных кредиторов и гарантии их прав.

Таким образом, отсутствие системного регулирования трансграничной несостоятельности и приспособление к нуждам складывающихся в данной сфере общественных отношений институтов, предназначенных для регламентации внутригосударственной несостоятельности, не способствует решению возникающих проблем, не позволяет эффективно влиять с помощью правовых норм на глобальные банкротства, а значит – и на экономические отношения в целом. Важно отметить, что мировой опыт разработал достаточно эффективный правовой инструментарий для воздействия на случаи трансграничной несостоятельности. Так, создан Регламент ЕС 1346/2000 от 29 мая 2000 г. о производстве по делам о несостоятельности, действующий для государств ЕС и образующий так называемую европейскую модель трансграничной несостоятельности, создан Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О трансграничной несостоятельности» 1997 года, инкорпорированный рядом государств в их правовой

системы, разработаны и ряд других документов, которые вполне могут быть использованы в качестве основы для российской модели.

Все вышеизложенные проблемы актуализируются в связи со стремительными процессами интеграции на постсоветском пространстве в рамках Таможенного союза и ЕврАзЭС. Создание правовых основ для формирования общего рынка не может не затронуть проблему создания регулирования банкротств для компаний, действующих в экономических условиях увеличивающейся свободы перемещения товаров и услуг.

В такой ситуации максимально эффективным вариантом было бы создание международного договора в формате региональной унификации. Только международно-правовое регулирование позволяет обеспечить взаимность в вопросах трансграничной несостоятельности, единообразие в вопросах определения компетентного суда и применимого права, а также стандартов и последствий придания трансграничного эффекта иностранным банкротствам. Но, учитывая, что процессы унификации могут быть очень долгими, а также охватывают далеко не все государства, представляется целесообразным также и принятие федерального закона, направленного на регулирование трансграничной несостоятельности.

С.Н. Тагаева

Российско-Таджикский (славянский) университет, г. Душанбе

К ПРОБЛЕМЕ НАРУШЕНИЯ СУПРУЖЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ В ФЕДЕРАТИВНОЙ РЕСПУБЛИКЕ ГЕРМАНИЯ И РЕСПУБЛИКЕ ТАДЖИКИСТАН

С момента заключения брака у супругов начинается супружеская жизнь, которая включает в себя как личные неимущественные, так и имущественные права и обязанности по отношению друг к другу.

Одной из важных обязанностей супругов является обязанность по созданию совместной супружеской жизни (*Lebensgemeinschaft*). Как отмечает А.Сандерс: «Вопреки сложившемуся у обывателей мнению, что супружеские отношения развиваются лишь в супружеской спальне, нарушение супружеских обязанностей влечет юридические последствия¹». Х. Дёлле называет право на создание совместной жизни как «абсолютными правами супругов на полную и исключительную совместную жизнь²». А. Ваке придерживается подобной точки зрения и указывает, что права супругов на совместную супружескую жизнь – это «абсолютные защищаемые права на нерушимость половых отношений в браке³». По нашему мнению, права супругов на создание супружеской жизни являются скорее относительными, поскольку в них четко определены управомоченные и обязательные лица и право управомоченного лица может быть нарушено только определенным лицом, участвующим в данном правоотношении. Право одного супруга может быть нарушено другим супругом. Третье лицо, которое нарушит личную жизнь супругов, например, при фактах измены, вряд ли будет нести какую-то ответственность. Чего нельзя сказать о виновном супруге, поведение которого может быть оценено как недостойное. А подобная оценка может иметь неблагоприятные последствия в виде применения семейно-правовых санкций⁴.

Д. Коэстер-Вальтен рассматривая право супругов на совместную супружескую жизнь, считает, что «лично-правовое соединение является связью супругов, предполагающей и половую верность⁵». Конечно же, брак основывается на индивидуальности супругов, их общей личности включающей совместную супружескую жизнь, исключая завершающей унификации взаимных прав и обязанностей⁶. Супружеская совместная жизнь – это «партнерство равных прав и обязанностей с особыми требованиями на взаимное внимательное отношение и самодисциплину, на участие и совместное решение⁷». Как мы видим такое семейное правонарушение как нарушение супружеских обязанностей может повлечь за собой не только личные конфликты, но также правовые последствия.

В статье 1353 Германского гражданского уложения закреплено, что «брак заключается на всю жизнь и супруги несут ответственность друг перед другом за создание супружеской жизни». Однако, если один из супругов злоупотребляет своими правами, то он не имеет право требовать восстановления супружеской жизни.

Создание общей супружеской жизни включает в себя следующие права и обязанности:

а) Создание общей супружеской жизни в одном доме, то есть супруги в идеале должны проживать в одном месте жительства. Однако, современные средства коммуникации допускают нахождение супругов долгое время вдали друг от друга.

б) Общая половая жизнь. Существовавший ранее подход о том, что супруги обязательно должны вести половую жизнь больше не актуален. Это связано с тем, что в Германии произошел резкий переход от принципа виновности при разводе к принципу расстройству брака. Разумеется, один супруг может ожидать от другого супруга, что он тот готов к половым отношениям. Поэтому отказ от половых отношений, как отмечалось в юридической литературе⁸ расценивается как нарушение супружеской обязанности и может иметь важное значение при ограничении права на содержание со стороны обязанного к половым отношениям супруга. Как мы видим, в данном случае даже отказ от половой близости может быть расценен как брачное правонарушение. Но следует иметь в виду, что требование половой близости при применении насилия или угрозы наказуемо в уголовно-правовом порядке.

в) Планирование семьи. Значение заключения брака как рождение детей ушло в прошлое. Однако, право на согласование этого вопроса, то есть принятие взаимного согласованного решения иметь или не иметь детей осталось. Если один из супругов хочет иметь детей, а другой нет, то последний воспринимается как нарушающий право другого супруга. В частности, сокрытие стерилизации, аборт воспринимаются как нарушение долга. При умышленном обмане партнера возникает обязанность по возмещению ущерба в соответствии со ст. 826 ГГУ (аморального умышленного причинения вреда). Кроме того, это может явиться предпосылкой для быстрого развода.

г) Содействие и обеспечение. Это обязанность, вытекающая из супружеской жизни касается как супруга, так и детей и имущества.

д) Внимательное отношение. Супруги не должны с уважением относиться к чести и достоинству другого супруга, от обид и бесцеремонного поведения следует воздерживаться, иначе может встать вопрос о недостойном поведении.

е) Уважение к личному пространству другого супруга. Тайна переписки, слежка и другие нарушения являются недопустимыми, за исключением обоснованного подозрения в измене.

К тому же право на личное пространство распространяется на религиозное воззрение. Супруги могут иметь различные религиозные взгляды. Изменение религии, как правило, не противоречит супружескому долгу. Безусловно, различность религий может вызвать споры и недопонимание в семье, которые находятся вне правового поля.

ж) Готовность супругов к переговорам друг с другом означает решение внутрисемейных вопросов по обоюдному согласию.

з) Обязанность супругов к сотрудничеству. В целях сохранения семьи супруги должны договариваться и сотрудничать в семейных вопросах.

К сожалению, Семейный кодекс Республики Таджикистан лишь в статье 32 закрепляет лишь только обязанность супругов строить свои отношения в семье на основе взаимоуважения и взаимопомощи, содействовать благополучию и укреплению семьи... Как мы видим, норма имеет декларативный характер, поскольку не имеет санкций за нарушение данных обязанностей. Имеются лишь санкции в двух статьях Семейного кодекса РТ. Так, в статье 39 говорится, что в случае раздела общего совместного имущества, суд вправе увеличить долю одного из супругов в их общем имуществе, исходя из интересов несовершеннолетних детей или заслуживающего внимания интереса одного из супругов, в частности, когда другой супруг не получал доходов без уважительных причин или расходовал общее имущество супругов в ущерб интересам семьи, а также при наличии иных заслуживающих внимания обстоятельств.

Статья 93 СК РТ в свою очередь, содержит основания для освобождения супруга (бывшего супруга) от обязанности по содержанию другого супруга или ограничение этой обязанности сроком, в случаях, наступления нетрудоспособности нуждающегося супруга в результате злоупотребления спиртными напитками, наркотическими средствами или совершения им умышленного преступления; в случае недостойного поведения в семье супруга, требующего выплаты алиментов. В данном случае, семейным правонарушением является недостойное поведение другого супруга, совершение им умышленного преступления или доведения себя до нетрудоспособности в связи с алкогольной или наркотической зависимостью.

В ФРГ в случае нарушения супружеских обязанностей можно предъявить иск о восстановление супружеской совместной жизни. Однако, данный иск имеет свои границы, в частности, Гражданским процессуальным кодексом Германии не регулируются вопросы предъявления иска при регулировании половых взаимоотношений супругов и вопросы планирования семьи.

В случае иных нарушений супружеской жизни удовлетворение иска о восстановлении супружеской жизни может сопровождаться возложением обязанностей в виде воздержания от определенных действий. Например, прекратить употреблять алкогольные напитки.

Следует заметить, что отношение к иску о восстановлении супружеской жизни в Германии неоднозначное, чаще отрицательное. Так, Й. Гернхубер и Д. Коэтер –Вальтген отмечают, что «иск о восстановлении супружеской жизни имеет лишь моральное осуждение⁹». Мюко и А. Ваке пишут, что «иск о восстановлении супружеской жизни неприемлем, так как супруги уже не хотят производить супружескую жизнь¹⁰». Следует в то же время отметить, что неуважение к соответствующему решению по данному вопросу является основанием к разводу, что указывает, как пишет А. Сандерс, что «этот анахронизм, который практически не применяется¹¹». Но мы не согласны с такой точкой зрения, поскольку иск о восстановлении супружеской жизни может иметь положительное моральное влияние, воспитательное воздействие на супругов, которые могут вернуться семью, сожалеют о содеянном, но не могут наладить контакт.

¹ См.: Sanders A. Die Verletzung ehelicher Pflichten und ihre Folgen/ Forum Familienrecht. Koeln,2005/www.forum-familienrecht.de. S. 12.

² Doelle H.Familienrecht, Bd.1, Karlsruhe, 1964. III 1.

³ Wacke A. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 7/Teilband 1: Familienrecht I. §1297–1588. Gewaltschutzgesetz. Muenchen: Verlag C.H. Bek, 2010. S. 216.

⁴ Не смотря на то, что раздел «Семейное право» закреплен в Германском гражданском уложении, к нарушителям применяются санкции, которые закреплены в главах, регулирующих семейно-правовые отношения. Поэтому считаем допустимым использование данного термина.

⁵ Gernhuber/Coester-Waltjen. Familienrecht. Muenchen, 1994. III 1.

⁶ Schlueter W. BGB –Familienrecht. Heidelberg: C.F. Mueller Verlag, 2003. S. 32.

⁷ Drucksachen des Deutsches Bundestages 7/4361. S. 7.

⁸ Staudinger, Julius von Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht. §1297–1362; Anhang zu §1297 ff. Verlobnis, Eheschließung, allgemeine Ehwirkungen, Faktische Lebensgemeinschaft. Muenchen: CH Bek, 2012 и др.

⁹ Gernhuber/Coester-Waltjen. Familienrecht. Muenchen, 1994. III 1. S. 27.

¹⁰ Muko/Wacke, § 1353 Rn 34f m.w.N.; Staudinger/Hübner/Voppel, §1353 Rn 150ff.

¹¹ Sanders A. Там же.

Н.А. Чернядьева

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ В СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОМ АНАЛИЗЕ ДЕФИНИЦИИ «ТЕРРОРИЗМ» (НА ПРИМЕРЕ ГОСУДАРСТВ ВЕЛИКОБРИТАНИЯ, ФРАНЦИЯ И РОССИЯ)

Взаимодействие России и Западной Европы в области безопасности вызвано глобальными изменениями международной ситуации в конце XX – начале XXI вв. Россия и ЕС в условиях многочисленных угроз, обусловленных глобализацией, в силу географической близости и наличия общих интересов в области безопасности заинтересованы в поддержании и развитии контактов друг с другом. Профессор Левенского Университета Эдди де Смайтер указывает, что и Россия, и Европейский Союз понимают, что они могут справиться с общими Европейскими проблемами только на основе взаимного сотрудничества

Верховный представитель ЕС по иностранным делам и политике безопасности Кэтрин Эштон неоднократно подчеркивала, что Евросоюз и Россия – партнеры в борьбе с международным терроризмом.

Сотрудничество России и ЕС в области безопасности основывается на сочетании двух форматов: с ЕС в целом и с отдельными членами ЕС. Причем, пока более эффективным остается межгосударственное сотрудничество.

Россия и ЕС имеют позитивный опыт совместной борьбы с терроризмом. Выработан общий подход к правовому определению терроризма, ведутся совместные операции по противодействию финансированию терроризма. Кроме того, ведутся переговоры по поводу отказа в предоставлении убежища террористам и борьбы с терроризмом в третьих странах.

Однако до настоящего времени ЕС и Россия не заключили юридически обязательного соглашения по данному вопросу. Такое соглашение необходимо для того, чтобы создать эффективные меха-

низмы противодействия глобальным преступным намерениям. Необходимо выработать общие подходы к правовой оценке международного терроризма, в том числе политические цели; субъекты террористических актов и террористические организации; военные и невоенные способы борьбы; систему руководства.

В настоящее время, также как Российская Федерация, Европейский Союз, сталкивается с реальной и серьезной угрозой международного терроризма. При этом подход к сокращению террористических актов основывается на общепринятых в международном пространстве принципах, которые характерны и для России: изучение причин, развитие положительной практики и процессов анализа, применение жестких мер.

После событий 11 сентября в Нью-Йорке государства члены ЕС существенно пересмотрели (в сторону ужесточения мер) контртеррористическое законодательство. Новеллы касались процесса экстрадиции, признания *contra legem* ряда международных террористических организаций, усовершенствования программ по работе с новыми террористическими сценариями; расширения химических, биологических, радиологических и ядерных программ сопротивления терроризму.

Несмотря на некоторые сдвиги в характере правового регулирования в государствах ЕС отсутствует единое правовое понятие «терроризм». Согласно английскому законодательству террористическими признаются действия или угроза их совершения, направленные на оказание влияния на правительство или запугивание населения для достижения политических, корыстных или религиозных целей.

Под террористическими актами, согласно ст. 421-1 УК Франции, понимаются совершенные отдельным лицом или преступным сообществом, созданным с целью серьезно нарушить общественный порядок путем запугивания или террора, умышленные посягательства на жизнь, неприкосновенность человека, похищение или незаконное удержание человека в закрытом помещении, угон летательного аппарата, судна или любого другого транспортного средства, хищения, вымогательства

Для британского и французского уголовного права характерно достаточно большое число составов преступления, связанных с терроризмом. Часть из них имеет аналоги в российском уголовном праве (ст. 205, 205.1, 207, 215.1 УК РФ). Однако некоторые из деяний, признаваемых в Великобритании и Франции преступлениями, связанными с терроризмом, по российскому уголовному праву таковыми не являются.

Некоторые формулировки, используемые для описания объективной стороны терроризма крайне расплывчаты. Нечеткость юридических дефиниций, скорее, вредит безопасности государства, чем способствует ее защите. Подобное формулирование законодательства приводит к необоснованному зачастую ущемлению прав граждан в интересах борьбы с терроризмом.

Все европейские акты, посвященные борьбе с терроризмом, не дают общего определения термину «терроризм», а лишь перечисляют его формы.

К сожалению ни в одном европейском акте не дана оценка терроризма – как преступлению, направленному против интересов человечества, имеющему исключительно опасный характер для европейской в частности и мировой цивилизации в целом

IX. АНГЛОЯЗЫЧНАЯ СЕКЦИЯ

R.V. Chikulaev

Perm State National Research University, Perm

THE MAIN NOVELS OF THE SECURITIES LEGAL STATUS IN THE PROJECT OF CHANGES IN THE CIVIL CODE

In September, 2012 the project of changes in the Civil code of the Russian Federation prepared for discussion by the Parliament of Russia in the second reading was officially published. Developed since 2008 new Russian Civil code caused a set of discussions from experts, and therefore emergence of the next edition doesn't look unexpected. Let's try to allocate the most essential features of norms about securities in the present updated version of the Civil code.

1. Securities cease to be uniform category, but now are subdivided into two big super classes – documentary and undocumented. For each of super classes of the Civil code provides not only features of a legal regulation, but in fact, taking into account allocation of the relevant standards in separate paragraphs – a special legal regime also.

2. Correspondently approaches to a legal definition of a security change. If earlier the material and material subject was a basis of determination – the document, in the new Civil code edition the document is defining sign for documentary securities only. In its turn, for undocumented securities the main determinant are the rights, both obligations, and "other" rights if such rights are fixed either: (a). in the decision of person, issuing the securities, or (b). in any other legally significant document (act) of the person which has issued these securities. Such issuing, release and fixing are possible only according to law requirements (that is in established by the law or other legal acts an order).

3. The general legal sign for securities of any super class is that securities reflect, by direct certification method (documentary securities) or by the mediated reference method (undocumented securities) or obligation rights, or other rights. The legislator doesn't concretize these rights, is equal doesn't characterize directly the possible owner. It is meant that any capable person, but if other doesn't follow from the security and legal relationship essence, can be the owner of the rights. So there can not be an owner a person which is not corresponds for special legal requirements for the particular kinds of securities rights realization. For example, competences of the state and municipal authorities regarding operations with bills are limited.

4. As seen, the extremely essential signs of securities are the feasibility and transitivity of the rights, apprehended of a former legal order. Both for documentary, and undocumented securities the rights certified or fixed (correspondently) by them can be subject of: (a). implementation (either in favor of the owner, or in favor of other person under rights transfer, (b). transfer to other persons (that is the rights on securities aren't inseparably linked with the identity of the right carrier).

But here that is interesting. If for documentary securities the law provides a disjunctive principle (implementation or transfer of rights), for the undocumented – the conjunctive principle (implementation and transfer of rights). Such approach causes a number of questions and needs more detailed analysis or comments of authors of the law in draft. In our opinion, doesn't seen the sufficient bases for application of various principles of legal communication establishment between a security as a legal subject and the rights embodied in it. In other words, not absolutely clearly, why the rights on documentary securities can either be carried out, or be transferred, and on undocumented securities – and to be carried out and be transferred at the same time. Here we don't exclude possibility of logic discrepancy in the text of the law in draft. More correct to use of a conjunctive and disjunctive sign: the rights can be carried out and (or) be transferred. It confirms a simple example: if the owner wishes to carry out itself the rights on security (for instance to receive the income on it), the rights are carried out. If he wishes to transfer the rights to other person (for example, having sold a security), the rights at first are transferred, and only then can be (but it is not obligatory) are carried out by any of a chain of the subsequent owners.

It is also clear that chances when the security up to its mortification (termination) remains in possession of the various persons any of which didn't carry out the rights fully provided by security (for example, didn't show the bill to payment, didn't participate in meeting of shareholders and didn't receive dividends on the stock). Thus, by the way, extraction of other economically useful properties isn't excluded

from the fact of possession by a security. For example, the bill or an share it is possible to pawn the same, and then to redeem, bring in authorized capital stock, etc. Thus the pluralistic legal characteristic of a security is besides shown. Security in most cases isn't that is simply registered in the law (the instrument of fixing of the rights), and appears as much more difficult subject both economic, and the legal relations, has cost as a thing, grants the rights as right generating legal fact, fixes originator duties as the transaction or other generating civil obligations act.

5. The approach to specific variety and, therefore, to legal classification of securities radically changes. So if in operating Civil code the kinds of securities are the particular versions of their (the shares, the bonds, the bills, etc.), in the new law edition such versions aren't so incorporated the formal and logic tool of "kind" resisting to wider tool of "generation". So in article 142 of new edition of the Civil code some versions of securities (the shares, the bills, the mortgages, etc.), not as carriers of kinds of securities, and as anonymous examples of particular securities are provided. At the same time the Civil code article 143, in operating edition just and listing particular securities, attached absolutely other significance to concept «a kind of a security». In updated Civil code the "kind" is not a particular version, but subclasses (kinds) – registered, bearer and order security. It is extremely remarkable that now such kinds characterize in primary legal designing only one super class of securities – documentary. Concerning undocumented securities the derivative, secondary legal design assuming is used that to them rules about registered documentary securities the owner on which is defined according to accounts are applied. In fact, proceeding from new edition of norms of a part four and a part six of article 143 of Civil code, undocumented securities can be only registered.

6. The question of a security definition is directly connected with order of definition of specific variety of securities as that also. So updated norm of the article 142 of Civil code lists only some of versions of securities (that, in our opinion, it is excessive) and specifies that the category of securities can treat and other securities called as such in the law or recognized as those in an order established by the law. Thus the first method of a legal regulation – the indication in the law that this subject is a security, sees only correct in modern conditions. But the second method – recognition of securities by those in the order established by the law causes mass of questions. Unclear, who established such order and what is it, and, the main question, - what is in general the "recognition" by a security as legally significant act. After all the legislation doesn't assume a special order of "recognition" of a thing a thing, real estate – real estate, etc.

In our opinion, a number of new positions of Civil code about securities still needs specification. Among the most problem provisions it is necessary to note the such:

1) Division of all securities into super classes of the documentary and undocumented will cause a problem of qualification of such securities which can exist at the same time both in documentary, and in undocumented form.

2) New norms of Civil code operates with some definitions, which characteristic more for practice and not discovered in the law. For example, definition of "inclusion" of undocumented securities into the account (obviously, by analogy to non-cash money).

3) In new Civil code characteristic discrepancy for present legal regulation remained: Civil code speaks about the accounting of the rights on undocumented securities, but the concretizing law «About securities market» speaks about the accounting of owners of securities in the corresponding register list.

4) The definition of «the rights certification», according to new edition of article 142 of Civil code, is characteristic only for documentary securities. However in other norms the Civil code operates with this definition applicable and for undocumented securities.

5) The order of judicial recovery of data owners of undocumented securities owners which should be provided by the procedural legislation, actually isn't established and in foreseeable prospect its establishment isn't planned.

Summarizing the aforesaid, it is possible to allocate the main signs of the security, reflected in Civil code update. These signs were created as result of long-term development and interaction of the former legislation, doctrine provisions and jurisprudence concerning securities. We consider as such signs:

1) "obligationness": the reflection by a security of obligations of the person-originator that forms the unique basis to speak both about existence, and about provided by the law "the certification" (or "the fixing") of right on security;

2) "executionness": legal possibility not only to have the rights, but also to realize it, that is, in essence, to expect of execution by the person obliged on security, the obligations to the owner;

3) "conditional transitivity": ability of securities to be objects of a free civil turn if other isn't established by the law or doesn't follow from features of the security or nature of legal relationship. Thus participation of a security in a civil turn occurs on special order, more often the established by law, instead of

usual order characteristic for things. Upon each transition of a security from one subject of the civil relations to another, the last is allocated with the rights of the new creditor to the person obliged on security;

4) “normativeness”: the security is only that is directly specified in standard of the law, or (but as one of options of an all-legal regulation) – in the subordinate legal act.

John T. Cross
University of Louisville, USA

USING DOMESTIC LAW TO POLICE FOREIGN INTELLECTUAL PROPERTY INFRINGEMENT

Territoriality is a fundamental principle of the international intellectual property system. Unlike many other types of personal rights, intellectual property rights are limited by national boundaries. A person’s right to be free from physical harm, or to enforce a contract, applies throughout the world. A patent, by contrast, has legal effect only in the nation that granted the right. If another person manufactures or sells a good covered by the patent in another nation, that act does not violate the patent.

Of course, a patent owner has other options. The same invention that results in a patent in Nation A may also entitle the inventor to a patent in other nations. Indeed, one of the main functions of the international intellectual property system is to make it easier for those who hold a patent, copyright, or other right to obtain parallel protection in a number of nations. The system achieves this end by harmonizing national laws dealing with both the substantive intellectual property law and the procedure by which a person may obtain an intellectual property right. Thus, a person who produces a patentable invention, copyrightable work, or trademark may be able to obtain protection under many different national laws, helping to protect it against unauthorized use of its intellectual property in multiple nations.

While this system makes sense as a matter of international relations, it has often proven unpopular among rightsholders. First, of course, it can prove difficult and costly to obtain intellectual property rights from many different governments. But even in situations where it is economically feasible to obtain multiple patents or copyrights – such as in the case of groundbreaking medicines or computer software – the rightholder may find it difficult to *enforce* its rights. For many reasons (not all of which are convincing) domestic courts are often reluctant to enforce foreign intellectual property rights. Therefore, the rightholder may need to turn to the courts of the nation where the infringer acted. Suit in foreign court presents a number of problems, including differences in language and the possibility of bias against the noncitizen plaintiff.

Over the years, some larger rightholders have tried to devise ways to circumvent the limits on the strict territoriality principle. These parties have pointed to what they claim is widespread and ongoing infringement in certain nations, especially China. In the United States, this movement has recently had some limited success in one special category of case – namely, where a protected process such as a manufacturing method or computer software is used to produce products which are then imported into the United States. Rightholders have started to convince legislatures and courts that the sale of these products qualifies as a form of “unfair competition” under United States law, allowing those who compete with the infringing manufacturer to recover under U.S. law, and often in U.S. courts.¹

This use of unfair competition law has manifested itself in two different forms: one at the federal level, the other at the state. While the two forms may at first glance seem essentially the same, there is actually a fundamental theoretical difference between the two. This article will discuss the two approaches and how they differ. It concludes that the state approach, while fraught with practical and legal issues, is actually the preferable approach to the problem.

A. The Federal Approach: International Trade Laws

Like the laws of most nations, U.S. law places many restrictions on the importation of goods. One of the most important of these restrictions is §337 of the Tariff Act of 1930 [§337].² This statute allows the International Trade Commission to exclude goods from entry into the United States when it finds “[u]nfair methods of competition [or] unfair acts in the importation” of the goods. Of course, the concept of “unfairness” in this statute is somewhat vague. Nevertheless, there is widespread consensus that certain acts qualify as unfair. For purposes of this discussion, the most important of these is misappropriation of a trade secret. The United States law of trade secrets allows a person to prevent disclosure of certain forms of secret

information, provided that information affords the person an advantage over competitors. For example, a company with a secret manufacturing process may be able to prevent its employees from disclosing that process to competitors. If a trade secret is misappropriated, the owner may be able to recover not only against the party who disclosed it, but also against parties who knowingly use the secret.

§337 clearly applies to situations where a party misappropriates a trade secret *in the United States*, and then takes that secret abroad, manufactures goods using the secret, and imports the goods into the United States. But until quite recently, it was unclear how the section would apply when the act of misappropriation itself occurred outside the United States. Under the principle of territoriality, it could be argued that in that sort of case the law of the place of misappropriation would govern. Trade secrets, after all, are increasingly treated as a form of intellectual property. As most nations either do not have trade secret laws at all, or at best a more limited version of such laws, it might well be that the act would not qualify as “unfair” under local law.

The issue was resolved in 2011. In *TianRui Group Co. Ltd. v. International Trade Commission*,³ the leading U.S. federal court of appeals held that §337 barred importation even when the trade secret misappropriation occurred entirely in another nation. In the case, a U.S. manufacturer of train wheels had a secret manufacturing process. The U.S. manufacturer had licensed the process to several Chinese companies. TianRui, a competing Chinese manufacturer of train wheels, hired employees away from several of the Chinese licensees. Even though these employees had agreed by contract not to disclose the secret, TianRui learned the secret from these employees.

When TianRui tried to import train wheels made using the secret process into the United States, the International Trade Commission denied entry, invoking §337. The ITC argued that misappropriation of the secret information was an unfair method of competition, even though it had occurred entirely in China. The federal appellate court agreed. The “unfairness” in the production was TianRui's act of convincing one or more employees to reveal the secret.

The court did note in passing that TianRui's acts would have been actionable under Chinese law, although that conclusion is questionable.⁴ However, the court held that Chinese law was of scant relevance to the issue. Instead, it held that whether the conduct that occurred in China was “unfair” within the meaning of §337 was to be determined by reference to U.S. law.⁵ Because TianRui's acts would clearly be actionable under U.S. law, the court quickly concluded it had engaged in unfair competition, and its train wheels were denied entry into the United States.

B. The State Approach: State Unfair Competition Laws

The second approach differs from the first in two ways. First, while *TianRui* was a primarily judicial response – convincing the court to interpret an old law in a particular way – the second approach is legislative in nature. Second, the approach deals with the issue at the level of state rather than federal law. In essence, this approach involves convincing state legislatures to enact legislation declaring that use of intellectual property-protected processes in the manufacture of goods qualifies as a form of unfair competition. If the goods are later sold in the state, other manufacturers of the same goods – and in many cases the state government itself – can bring an action for damages, penalties, seizure, and an array of other remedies. The manufacturer's underlying infringement of the intellectual property right serves as the unfair competition in these cases.

The statutes also have certain limitations that temper their draconian effect. A manufacturer cannot be liable under most of the statutes unless it was given notice of its infringing use, and the chance to cease such use. Similar, while retailers who sell the products can also be held liable, that liability is limited to damages, and applies only if certain conditions are met.

The driving force behind this second approach has been Microsoft Corporation, the large U.S. software company. This fact helps explain two seemingly odd features of the legislation. First, the state laws and proposals typically exclude situations where the infringement involves a patent or trade secret, and focus mainly on the situation where copyrighted software is illegally used.⁶ As Microsoft's intellectual property portfolio comprises mainly copyrighted software, this limit makes sense. Second, while laws have been proposed in at least a dozen states, to date only two states have enacted such a law – Washington (where Microsoft has its headquarters)⁷ and Louisiana.⁸

At the time this paper was written, no cases have yet been brought under any of the state unfair competition laws. Nevertheless, the laws do provide a potentially powerful tool for dealing with intellectual property infringement. The laws in essence allow manufacturers of products that compete to help the

copyright owner police the marketplace. As these competing manufacturers have a strong incentive to ensure they are not undersold by goods produced with infringing software, it is likely they will take advantage of the new cause of action provided by the statutes.

C. Comparison of the Two Approaches

A comparison of the two approaches to the problems of territoriality suggests that the second, or “state law”, approach has more to recommend it. First, the state laws are likely to reach a greater number of situations where intellectual property rights are affected. *TianRui* applies only to trade secrets. The court in that case explicitly affirmed older decisions finding §337 inapplicable in cases where a U.S. patent is infringed overseas, because to apply the section in such cases would violate the core principle of territoriality. By the same rationale, §337 would not help a software copyright owner deal with illegal foreign use of manufacturing or design software.⁹ The state laws, however, do reach some of these situations. While the Washington statute by its terms would not apply when the underlying act of infringement involved patented methods or processes, the Louisiana statute is written broadly enough to cover patent, copyright, trade secret, and other sorts of infringements.

Second, the state approach is at a conceptual level more in line with the territoriality principle of international intellectual property law. At first, the two approaches seem to deal with the problem of foreign infringements in the same way. But there is a subtle difference. In *TianRui*, the court is using United States law – or at least basic axioms particular to United States law – to decide whether a particular act committed abroad is “unfair.” The state laws, by contrast, treat United States law as irrelevant. Under the state laws, whether a Chinese manufacturer's use of software in China qualifies as a misappropriation, and is accordingly “unfair”, is governed by *Chinese*, not U.S. law. If the software is not protected by a Chinese copyright or similar right, or if the use is excused under Chinese law, the manufacturer would be free to sell goods produced using that software in the United States even though that same act would violate U.S. law if committed in the United States. In this way, the state laws actually *reinforce* the principle of territoriality by allowing the law of the place the process was used to define the core infringement, and merely providing a U.S. forum to help deal with that violation of foreign law.

If the state laws have a weak point, it involves their validity under *U.S.* law. In the United States, as in many federal nations, federal law takes precedence over, or “preempts,” state law. There is a real risk that the state unfair competition laws will be preempted, in whole or at least in part, by the federal copyright and patent acts. Preemption is quite likely in situations where the act of infringement occurred in the United States, for in those cases the state laws intrude on the cause of action already available under copyright law. Similarly, to the extent the Louisiana statute would afford a claim in cases of infringement of a patented process, the statute is likely preempted regardless of where the process was used. Nevertheless, with respect to the limited issue they were designed to address—use of copyrighted software abroad—the state laws may prove a useful, if controversial, way to deal with foreign infringement.

¹ The law of unfair competition is somewhat unique to Anglo-American law. While most nations have laws dealing with monopolization and other large-scale market disruptions, Anglo-American law also allows one competitor to sue another in situations where a party competes in a manner deemed unacceptable. The most common example is a case involving false advertising.

² §337 is codified at 19 U.S. Code §1337.

³ 661 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2011)

⁴ The licensees, and possibly also the U.S. trade secret owner, could probably have recovered against the employees who breached their contracts. It is far less certain, however, that the trade secret owner could have recovered against *TianRui* simply because it induced the employees to breach their contracts.

⁵ Moreover, the court held that as a technical matter a single federal law of trade secrets would apply, not the law of any particular state. The court reached this conclusion notwithstanding the fact that trade secret law in the U.S. is typically a matter of state competence.

⁶ Louisiana is the notable exception. Its statute would apply to infringement of a patent, copyright, or trade secret.

⁷ Revised Code of Washington §19.330.010 to 100.

⁸ Louisiana Statutes Annotated title 51, §1427.

⁹ Why patents and copyrights are bound by the territoriality principle, but trade secrets are not, is not entirely clear. The majority in *TianRui*, however, seems to be saying that trade secret law does not apply of its own force, but merely as a way to help interpret what Congress meant by “unfair” in § 337.

**UBIQUITOUS DIGITAL RECORDS, “BIG DATA” & DIGITAL FORENSICS
(USA, UNIVERSITY OF LOUISVILLE)**

Abstract

Ubiquitous computing offers unprecedented opportunities for the collection of digital records of all kinds. Digital forensics has aided law enforcement in finding digital records of illicit activity. But issues of digital investigation are not confined to criminal justice; they span all information domains. Just as law enforcement have used Facebook to find evidence of crime, researchers have used Facebook as primary source (as well as Wikipedia)¹.

Determining accuracy, integrity and authenticity indicates information relevancy and weight needed for good decisions. They are part of current system and evolving models of collaborative and distributed digital investigation of electronic evidence.

We discuss some challenges relating ubiquitous digital records as to legal, ethical and technical constraints, with an examination of simple access to those records, and opportunities, particular the promotion of equity and human dignity.

Discussion

Ubiquitous computing stretches from an individual device, whether the pervasive smartphone or an embedded biochip, up into the “cloud” of world computing. The resultant data have been characterized as “big data,”

1) The bigger and bigger collections of data we have access to, public, private or proprietary, from personal handheld devices to Google’s vast server farms,

2) That are “computational” and subject to analytic processes that

3) Find patterns or identify characteristics – indeed, make conclusions - that humans would need immense resources to do so personally.

Study of the life-cycle of this information, whether for purposes of current analytics, digital forensics or the archivist, must consider the creation, selection and preservation of information in the context of

1) The explosion in the number of digital devices

2) The expansion of the telecommunications power of those devices and

3) The cloud’s dispersed and distributed nature for storage, analysis and preservation.

In forensic activities data collections have always been the subject of discovery and investigation, so at first glance this doesn’t seem novel at all. Digital forensic systems may find what would otherwise never be found, or take a thousand researchers a thousand years to find.

Digital forensics have been defined at “... the process of identifying, preserving, analyzing and presenting digital evidence in a manner that is legally acceptable.”²

Durante³, Krischenbaum and others have explored the application of digital forensics to the “born-digital” world as a crucial domain for preserving truth in an electronic world.

The challenge in digital data might be simply expressed as finding data and validating it. But “computer-related testimony” might fall both within and beyond the knowledge and understanding of a lay fact-finder, requiring expert analysis and conclusions regarding the data and its authenticity.

We must analyze and compare the legal, technical and factual implications for finding and validating the truth in the electronic data sets of digital information using

Digital Forensics

Computational Forensics

Data Analytics & Knowledge Discovery In Data

Digital forensics addresses the investigation, preservation and analysis of digital data reliably enough for its use in judicial decision-making.

Computational forensics examines those functions as to computationally-derived conclusions and the reliability of them for use in the forum.

Knowledge Discovery in Data examines the computational use of algorithms against massive data sets to pull meaning and relevance from them that might otherwise be lost in the volume.

The technical, legal and ethical challenges represented by ubiquitous digital data blend together. The three most significant domains for all three may be categorized as

1. Access challenges
2. Authentication challenges and
3. Autonomy challenges as to personality of individual data subjects

For example, technical challenges of access the data includes:

- a. Diverse, proprietary and exotic operating systems for which examination tools are inadequate,
- b. Rapid innovation of new products that increases this diversity but reduces opportunities for the development of forensic tools
- c. The specialized hardware aspects of devices as to storage, hardware and interfaces⁴
- d. Encryption
- e. “Cloud Computing” distribution of services and storage.

Authentication includes both technical and legal concerns in assessing

- 1) Relevance
- 2) Reliability
- 3) Weight,
- 4) Completeness and
- 5) The right to use, related to access rights in data.

Further ethical and legal concerns with personal autonomy and privacy may again become issues with the use of such information.

These include:

- 1) State security powers
- 2) Intellectual property law restrictions
- 3) Legislation giving private individuals greater and greater rights as private data subjects

Conclusion

There is so much more information computationally available from which to learn of the world. Can we address this responsibly, through ethical, technical and legal means? This calls for civil and political engagement in building the kind of world ubiquitous digital records may offer to assure the wonders of knowledge won't be sacrificed to provincial and malicious interests.

¹ <http://www.guardian.co.uk/media/pda/2010/feb/15/journalists-social-music-twitter-facebook> (accessed July 12, 2012)

² Rodney McKemmish, *What Is Forensic Computing*, Australian Institute of Criminology (1999)

³ See, e.g. Duranti, Luciana, “From Digital Diplomats to Digital Records Forensics”, *Archivaria* 68 (Fall): 39–66 (2009); Duranti, Luciana and Endicott-Popovsky, “Digital Records Forensics: A New Science and Academic Program for Forensics Readiness,” 5 *Journal of Digital Forensics, Security and Law* 2 (2010)

⁴ Id.

I.Ju. Mirskih

Perm state national research University, Perm

PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY AT UNIVERSITIES

Intellectual property rights protect innovations and creations and reward innovative and creative activity. Intellectual property rights are international in character and in that respect they fit in rather well with the economic reality of the global economy.

In order to make Russia a contemporary “educational-based country” and “intellectual property-based country”, it is necessary to carry out the protection of intellectual property rights on education courses and the activation of basic educational methods in secondary and high schools and universities and create a mechanism to link such activation to the educational activities and distant education.

Sustainable economic and cultural development is impossible without restructuring the national system of education. All these requires modernization of the national education system, reformation the

institutional structure of the society, creation of a system of economic and judicial rules which stimulate the implementation of new methods of education including distant education and e-learning.

Intellectual property rights of lecturers and tutors are left unprotected in Russia. Existing situation causes a lot of problems. Part IV of the Civil Code of Russian Federation dedicated to legal regulation of Intellectual property rights came into force in 2008. It is a first attempt of codification in Intellectual property sphere in Russia. That's why a lot of new norms appeared. Intellectual property rights protect innovations and creations and reward innovative and creative activity.

Introduction of the Part IV of the Civil Code of the Russian Federation allowed to systematize the federal legislation on intellectual property. The basis of this system is recognition of subjective intellectual property rights for the results of intellectual activity and the means of individualization (for intellectual property) as exclusive ones.

However, they differ from property rights and other material rights because they are intangible, and they differ from personal non-pecuniary rights of authors and other creators of intellectual results by the fact that they become a subject of civil circulation and allow to involve the objects of intellectual property into such circulation. Copyright is an exclusive right to make copies, to reproduce the work of an author. It became vital to protect the author's rights because his work could be copied easily and in high numbers. Moral rights were created to protect the author against unfair use of his work.

The Civil Code of Russian Federation (article 1295) stated a general rule that any work produced by an author within the scope of employment becomes the work of the employer for all copyright purposes—most importantly for purposes of depriving the author of any right to terminate the ownership by the employer.

Sometimes it is necessary to test whether the skill, labor and judgment invested by the employee in the creation of the work are part of the employee's normal duties (which can also be implied in the contract) or come within the special duties the employer has assigned to the employee.

Teachers and tutors come within the definition of an employee. Employees are subject to the instructions of their employer.

Intellectual property can be created by lecturer during the educational process (on lectures, tutorials, etc.) even without use of employer's (university's) facilities or assistance. This situation gives rise to a number of problems the most serious of which is the decision whom intellectual property rights will belong to. Russian Laws including Law on Education and Civil Code do not regulate the copyright relations between lecturer and the university in educational process.

Giving lectures is a part of teacher's and tutor's normal duties but he may not be instructed by the employer (university) to publish lectures or produce a book. Lecturer is not an ordinary employee. Contract of employment underline the general principle that the first owner of the copyright in a literary work created by an employee in the course of his employment will be the employer. Agreements to the contrary are possible though.

In order to solve the problem a detailed job description is required and if the content of job changes a new description of the employee's duties should be drafted. A job description can be wide in scope. Lecturer must have the exclusive rights on manuscripts, lectures and ideas that were not specially commissioned and those that were not specially agreed at the time of commissioning or ordering work for hire.

Copyright of the lecturer will be infringed when the content of his lectures is sold or offered or exposed for sale or hire.

Copyright will not be infringed when a lecturer writes down quote from his or somebody's lecture for discussion with the students during a tutorial.

The contemporary society is Internet integrated. But Internet integrates not only useful information, it also promotes copyright infringement. It becomes a very serious problem. Universities and lecturers cannot protect the educational information, the content of lectures and seminars, educational courses and ideas. Internet promotes unfair use of authors work. The development of distance and e-learning only worsen the situation in Russia. A lot of people receive uncontrolled access to educational information through the Internet.

The legal regulation of this situation does not exist. Up to the Civil Code of Russia information is not an object of law. Legal regulation of information relations is very weak. Part IV of the Civil Code of Russian Federation state a general principle that only author can allow the access to his work or creation through the Internet. But there are no legal guaranties on this right.

THE DEVELOPMENT OF AN INTEGRATIVE LEGAL ENGLISH COURSE FOR INTERNATIONAL LAW STUDENTS

Since the establishment of the Department of International and European Law an interdisciplinary approach has been used for the development of an English course for the students of this department. We started by using a traditional approach to teaching a foreign language: applying textbooks, developing exercises and tasks and identifying problem issues for discussion.

Gradually we moved on to integrating new modern methods and techniques into the English language course curriculum.

Firstly, in 2006 we began using the ILEC textbook (International Legal English Certificate, level B1/B2). ILE is an upper-intermediate to advanced level course for learners who need to be able to use English in the legal profession. We decided to use this particular course since the majority of our students have a high proficiency level in English in the first place. Secondly, it gives an opportunity to prepare candidates for the new International Legal English Certificate Examination. Another advantage is that it can also be used effectively in legal English courses of all kinds.

Later in 2008 we integrated another course called TOLES (Test of Legal English Skills) presented at 3 levels of proficiency (Foundation, Higher and Advanced). As a result several groups of students, postgraduates and teachers of law have successfully passed this examination.

Consequently, these two courses helped to prepare the International law students for participating in several significant international programs and projects, organized at the faculty. The courses included 6 visits of American professors and practitioners? Specialists in different areas of law ranging from criminal law to environmental law and contract law.

Upon the completion of the courses the students took part in seminars, where they made presentations and discussed variety of professional issues with the American lawyers; wrote essays on the comparison of the two legal systems etc.

One of the brightest international events was a specialized course on public policy, business-government relations and business lobbying in the USA conducted by professor William LaForge, a Fulbright specialist in May 2011.

The most valuable aspect of this course was exploring some of the methods and practices in lobbying in the USA, which is a relatively recent phenomenon in Russia.

It gave the students an understanding of some important cross-cultural issues present in the U.S. Legal system. Some other important cross-cultural advantages of the program were as follows:

Students gleaned a clear understanding of business-government relations and of business lobbying in Washington and the United States. The experience raised their awareness of the distinctions in two legal systems. The course created opportunities for students and instructors to share and discuss ideas, techniques, experiences, expertise and materials.

Additionally, the participants discussed case studies based on actual cases in the Russian Federation and US legal practices, and reviewed and discussed the application of strategies and techniques used by business in representing its interests before the legislative and regulatory agencies of the federal government.

Other valuable outcomes included comparative discussion and analysis of the U.S. and Russian systems through the analysis of cases; and role-playing by students and professors in a mock congressional hearing.

Since 2011 we have been integrating another kind of innovation, namely, interdisciplinary teleconference projects.

The first intercultural teleconference Perm State University – the University of Louisville: Law and Order between Russian law students and American criminal law students of the Department of Justice Administration was held on March, 29 2011. This was part of a three-month pilot project (January 2011 – March 2011) on different aspects of criminal law, justice administration and law enforcement issues.

After the conference the American and Russian participants completed two assessment instruments from the Delphi Teaching and Learning Center of the University of Louisville. These instruments, the Ideas

to Action “Student Evaluation Form” and “Student Reflection Form,” asked the students to reflect on their attitudes towards the international telebridge project experience and what they gained from it.

For example, they were asked their opinions on whether the participation in the project helped them either connect what they learned in class to real life situations or contributed to knowledge in the discipline studied. They evaluated how the teleconference helped them with content application, critical thinking and self-development.

Analysis of the students’ answers show both groups found significant benefit in both the project activities and the teleconference itself

Our students also found that relevant information gathering, processing materials and answers in a group setting to be an excellent model of gaining reliable knowledge in collaboration with law professors and Legal English teachers.

The second outcome of the project from the participants’ perspective is the unique opportunity to make cross-cultural comparisons of the burning issues related to the area of criminal law in the US and the RF. The discussion was focused on the topics ranging from the separation of powers in the federal system, capital punishment to the most efficient methods to fight drug-related crimes in Louisville and in Perm.

The third crucial benefit from the project was the direct cross-cultural professional communication between the American and Russian students law.

All in all we have done a few more teleprojects within one academic year on a number of topics: “Human Trafficking”, presented by Dr. Theresa Hayden, Dr. Suresh, Dr. Deborah Keeling, Dr. Michael Losavio; “Criminal Procedure in the RF” presented by professors Galina Ya. Borisevich; “Criminal Procedure and Cybercrime in the RF”, presented by Pavel Pastukhov.

One more ongoing project is using Facebook for extracurricular activities for professional communication of our students. Facebook project is a kind of learning that is facilitated by the effective combination of different modes of delivery, digital resources, models of teaching and styles of learning and cross-disciplinary fields.

Our own approach to Facebook is based on the idea that it can be ideally used as a teaching/ learning discourse both in terms of inter-cultural legal communication and a valuable digital archive of texts and activities for new students of law and other fields. We aim at developing Facebook legal communication groups as a new interdisciplinary blended learning environment.

The first Legal Communication Group was set up on Facebook in 2010. All international law students, postgraduate students and teachers of law and Legal English teachers at the Faculty of Law at Perm State University were invited. We also invited practicing lawyers and teachers of law from two American Universities (the University of Louisville and The George Washington University).

Thus the group started discussions on various comparative topics ranging from modern criminal law and litigation, arbitration, intellectual property, transaction, case studies, legislation issues and lobbying in the US to the differences in legal terms and definitions in the US, British and the RF legal systems. We also provide the participants with links to online legal dictionaries and wiki websites such as <http://lawtalk.org.uk/mediawiki>, designed by John Kuti.

Over this period, hundreds of messages have been created by the participants, who would deliver first hand resources for the next generation of students of law. The Legal Communication Group has become an open educational resource for self-study and provided more attractive materials for the law students and teachers across the Atlantic. The materials are intensively used for both Legal English course and as law courses at PSU.

The next stage of the Facebook project is to invite the US students of law at the University of Louisville to the group. In this aspect, they can connect and collaborate with Russian students of law on new project with global implications that include consideration of legal issues of cross-cultural and communication barriers. As other participants, Russian and American attorneys will work with PSU and the UofL faculty and students to develop digital materials to increase the international and social media competencies that are needed in today’s global communication.

Uniquely, this Facebook project appears to be the best practice method to break down cultural, language and other barriers that tend to slow down academic and practical interactions. The accumulated information, research and expert opinions will provide the foundations that students need to learn to address the legal problems. Real world interactions on a global scale provide Russian and American students and teachers with a structured digital laboratory to create new perspectives

In conclusion, the cross-cultural potential of the integrated interdisciplinary course has had a great impact on the students and faculties of law since it includes the application of various course materials, IT

technologies and other cyber educational platforms as a new source of expertise for future specialists in law at Perm State University Faculty of Law.

William N. LaForge

The George Washington University, Washington, USA

**JUDICIAL INDEPENDENCE: A DURABLE AMERICAN CONSTITUTIONAL CONCEPT
WORTHY OF CONSIDERATION BY REFORM-MINDED GOVERNMENTS**

The time-honored and uniquely U.S. constitutional concept of an independent federal judiciary lies at the center of American jurisprudence. A fair and independent judicial branch is a cornerstone of the U.S. system of government.

Judicial independence is the doctrine that decisions of the judiciary should be impartial and not subject to influence from other branches of government or from private, business, or political interests.

Within the U.S. system of government, judicial independence is established and secured in the constitutional formation of the federal government by giving federal judges lifetime tenure, by making it very difficult to remove them from office, and by providing compensation that cannot be decreased.

The constitutional authority for judicial independence in the United States is spelled out in Section 1, Article III of the U.S. Constitution: “The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the Supreme Court and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior, and shall, at state Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during the Continuance in Office.”

The authors of the U.S. Constitution established the judiciary as an independent, co-equal branch of government for two important, enduring reasons:

Creating a judiciary that is independent of inappropriate outside influence, both within and outside government, would better enable the judiciary to render impartial decisions in individual cases – a concept known as “decisional judicial independence” that affects the process, decision-making, and the parties involved.

Creating the judiciary as a third branch of government independent of the other two branches – the political branches that include the legislative and executive branches – would enable the judiciary to provide the requisite check and balance relating to any over-concentration of power in either of the other two branches – a concept known as “institutional judicial independence” because of its separate and co-equal status vis-à-vis the other two branches of government.

However the judicial branch is simultaneously dependent on and accountable to the other two branches of government which have the powers to nominate and confirm federal judges, to impeach and remove federal judges from office, to constitute lower courts, to regulate court jurisdiction, and to make laws including funding provisions that allow the court system to function. In these ways, under both the concept of checks and balances and the separation of powers doctrine, Congress and the President have the power to impose the majority’s will on the judiciary to some degree.

The proper balance between independence and accountability is constantly under debate, as are a wide array of other activities, both private and public, that challenge the independence of the U.S. court system at the federal level and especially at the state level. Federal case law, Congressional and Presidential actions, media coverage, public response to certain court decisions and judges, the popular election of judges in most states, and considerable political action have all added to the history, development, challenges, and rhetoric surrounding the issue of judicial independence.

While judicial independence is key factor in the integrity, fairness, and efficacy of U.S. jurisprudence, as well as a full partner component in the U.S. government’s separation of powers doctrine, it is at once an imperfect system, and there are forces at play that challenge, even threaten, the concept in the U.S. Do those factors have the effect of making judicial independence an impossible dream or unworkable concept even in the United States? Or is the concept valuable and reliable enough to withstand tests and time to enable what many proclaim to be the best judicial system in the world to continue as a lynchpin of the American system of justice?

Furthermore, is the concept of judicial independence practical and transferable enough for consideration and implementation by other countries around the world that are seriously seeking methods of judicial reform and that desire to see their judiciaries become respected governmental institutions with the necessary power, authority, and support to help maintain a rule of law, a state of civility, and justice for all?

Judicial independence has been acclaimed as “perhaps the most essential characterization of a free society.” The reasons for that claim – and the rationale for the concept itself – are compelling enough to serve as a helpful guide to other judicial systems around the world that wish to develop a court system and a form of government that allow for impartiality, fairness, access, and the application of the rule of law on behalf of the people and the governments of those countries.

Научное издание

ТРЕТИЙ ПЕРМСКИЙ КОНГРЕСС УЧЕНЫХ-ЮРИСТОВ

Материалы международной научно-практической конференции
(г. Пермь, Пермский государственный национальный
исследовательский университет, 12 октября 2012 г.)

Корректор *Н.И. Стрекаловская*
Компьютерная верстка *Н.Ю. Шадрина, В.В. Шадринной*

Подписано в печать 09.10.2011. Формат 60x84 1/8.
Усл. печ. л. 33,6. Тираж 250 экз. Заказ

Редакционно-издательский отдел
Пермского государственного национального исследовательского университета
614990. Пермь, ул. Букирева, 15

Отпечатано в типографии
Пермского государственного национального исследовательского университета
614990. Пермь, ул. Букирева, 15

Благодарим за содействие в организации ежегодной международной научно-практической конференции
«Третий Пермский конгресс ученых-юристов»

UKey



Клуб
ЮРИСТОВ



ГАЗЕТА ЮРИСТОВ ПРИКАМЬЯ

Первый пермский
правовой портал

territoriaprava.ru