

Учредитель: Государственное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Пермский государственный университет»

Юридические

науки

Рассматриваются фундаментальные и прикладные проблемы юридической науки. Исследуется современное состояние российского законодательства, правоприменительная практика, формулируются предложения по развитию и совершенствованию различных отраслей права. Анализируются теоретические и исторические аспекты государственно-правовых явлений, международное и зарубежное законодательство, проводится сравнительное изучение правовых институтов в России и других странах.

Yuridical

sciences

Fundamental and applied problems of juridical science are being considered. Under investigation is modern state of Russian legislature, law enforcement practice, suggestions of development and improvement in different branches of law are being formulated. Theoretical and historical aspects of state-law phenomena, international and foreign legislature are being analysed and legal institutions of Russia and other countries are being relatively investigated.

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Борисевич Галина Яковлевна, к.ю.н., доцент (Пермский государственный университет, г. Пермь); Боровых Любовь Витальевна, к.ю.н., доцент (Пермский государственный университет, г. Пермь); Бугров Леонид Юрьевич, д.ю.н., профессор (Пермский государственный университет, г. Пермь); Голубцов Валерий Геннадьевич, к.ю.н., доцент (Пермский государственный университет, г. Пермь); Игнатенко Аргира Валериановна, д.ю.н., профессор (Уральская государственная юридическая академия, г. Екатеринбург); Кодан Сергей Владимирович, д.ю.н., профессор (Уральская академия государственной службы при Президенте РФ, г. Екатеринбург); Кочев Владимир Александрович, д.ю.н., профессор (Пермский государственный университет, г. Пермь); Кузнецова Ольга Анатольевна, д.ю.н., доцент (Пермский государственный университет, г. Пермь) – главный редактор; Майфат Аркадий Викторович, д.ю.н., профессор (Уральская государственная юридическая академия, г. Екатеринбург); Михайлов Сергей Георгиевич, к.ю.н., профессор (Пермский государственный университет, г. Пермь); Москалев Александр Васильевич, д.ю.н., профессор (Пермский государственный университет, г. Пермь); Прошляков Алексей Дмитриевич, д.ю.н., профессор, (Уральская государственная юридическая академия, г. Екатеринбург); Реутов Валерий Павлович, д.ю.н., профессор (Пермский государственный университет, г. Пермь); Сийгур Х.А., д.ю.н., профессор (Университет города Тарту, Эстония); Тужилова-Орданская Елена Марковна, д.ю.н., профессор (Башкирский государственный университет, Институт права, г. Уфа); Щенникова Лариса Владимировна, д.ю.н., профессор (Кубанский государственный университет, г. Краснодар)

© Редакционная коллегия, 2008

ISSN 1995-4190

Журнал зарегистрирован в Федеральной службе по надзору в сфере связи и массовых коммуникаций. Свид. о регистрации средства массовой информации ПИ №ФС77-33087 от 5 сент. 2008 г.

Содержание

I. КОНСТИТУЦИОННОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО	4
<i>Белкин О.Г.</i> (г. Пермь) Роль Конституционного суда Российской Федерации в формировании понятий налога и сбора.....	4
<i>Раздьяконова Е.В.</i> (г. Новосибирск) Право на объединение в территориальном общественном самоуправлении	14
<i>Устинов А.А.</i> (г. Пермь) Современный подход к определению классификационных критериев чрезвычайных ситуаций	20
<i>Худолей К.М.</i> (г. Пермь) Теоретические и практические проблемы взаимодействия органов конституционного контроля в процессе интерпретации конституционных положений	25
II. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО	36
<i>Бусыгин Л.И.</i> (г. Пермь) Управление многоквартирными домами	36
<i>Гимадрисламова О.Р.</i> (г. Уфа) История становления жилищной кооперации в России	41
<i>Голубцов В.Г.</i> (г. Пермь) Законодательные инициативы в сфере приватизации и национализации	50
<i>Микрюков В.А., Микрюкова Г.А.</i> (г. Москва) Ограничения прав акционеров методом доведения до абсурда.....	54
<i>Предеин К.Н.</i> (г. Шадринск) Обязательство по поручительству: некоторые вопросы теории	60
III. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ.....	72
<i>Ахметбаев Н.С.</i> (г. Алматы) Отдельные аспекты правового регулирования труда в органах прокуратуры в республике Казахстан.....	72
<i>Бриллиантова Н.А.</i> (г. Москва) О некоторых вопросах, связанных с приемом на работу	76
<i>Бугров Л.Ю.</i> (г. Пермь) Содержание трудового договора.....	84
<i>Лушников М.В.</i> (г. Ярославль) Трудовые права и свободы: методологические подходы.....	105
IV. УГОЛОВНОЕ ПРАВО, ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА, КРИМИНОЛОГИЯ	109
<i>Моисеенко И.Я.</i> (г. Пермь) Проблемы контроля и записи переговоров.....	109
<i>Романенко М.А.</i> (г. Омск) Новый подход к содержанию системы криминалистической техники	116
V. СОЦИАЛЬНАЯ РАБОТА	120
<i>Гасумова С.Е.</i> (г. Пермь) Правовые противоречия в обеспечении доступа населения к информационным ресурсам социальной сферы.....	120

Contents

I. CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW	4
<i>Belkin O.G.</i> (Perm city) Role of the Constitutional Court of the Russian Federation in Defining the Tax and Duty.....	4
<i>Razdyakonova E.V.</i> (Novosibirsk city) Right for Consolidation in the Territorial Public Administration	14
<i>Ustinov A.A.</i> (Perm city) The Modern Approach to the Definition of Disasters' Classification Criteria	20
<i>KHudoley K.M.</i> (Perm city) Theoretical and Practical Problems of interaction of Bodies of the Constitutional Control in the Course of Interpretation of the Constitutional Positions	25
II. CIVIL LAW	36
<i>Busygin L.I.</i> (Perm city) Managing a Block of Flats: Legal Aspects	36
<i>Gimadrislamova O.R.</i> (Ufa city) The History of the Housing Cooperation Establishment in Russia	41
<i>Golubtsov V.G.</i> (Perm city) Legislative Initiatives in the Privatization and Nationalization Sphere	50
<i>Mikruiykov V.A., Mikruiykova G.A.</i> (Moscow city) Limitations of shareholders' Rights through reducing the Issue to an Absurdity.....	54
<i>Predein K.N.</i> (Shadrinsk city) Obligation in Accordance with the Contract of Guarantee: Some Questions concerning the Theory.....	60
III. LABOUR LAW AND LAW OF SOCIAL SECURITY	72
<i>Akhmetbaev N.S.</i> (Almaty city) Selected Aspekts of a Law Regulation on a Labour in Public Prosecutor Organs in Republic Kazakhstan	72
<i>Brilliantova N.A.</i> (Moscow city) On Some Questions Concerning an Admission to Work	76
<i>Bugrov L.Yu.</i> (Perm city) A Content of a Labour Contract	84
<i>Lushnikova M.V.</i> (Yaroslavl city) Labour rights and freedoms: methodological approaches	105
IV. CRIMINAL LAW, LEGAL PROCEEDINGS, CRIMINALISTICS, CRIMINOLOGY	109
<i>Moiseenko I.Ya.</i> (Perm city) Problems of Control and Recording of the Talks	109
<i>Romanenko M.A.</i> (Omsk city) New approach for the contents of the criminalistic technique	116
V. SOCIAL WORK.....	109
<i>Gasumova S.E.</i> (Perm city) Legal Contradictions in Providing of Human Access to the Information Resources of Social Sphere.....	120

І. КОНСТИТУЦИОННОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В ФОРМИРОВАНИИ ПОНЯТИЙ НАЛОГА И СБОРА

О.Г. Белкин

Старший преподаватель кафедры конституционного, административного и финансового права Пермского государственного университета, 614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15

Статья посвящена понятию налога российском праве. На основе актов Конституционного суда РФ рассматриваются понятие и признаки налога, сформулированные Конституционным судом РФ. В результате сделан вывод о значимости позиций Конституционного суда РФ для определения законодателем в Налоговом кодексе РФ понятия налога.

Ключевые слова: понятие налога, понятие сбора, правовые позиции конституционного суда РФ избирательная

Как известно, в настоящее время налоги являются основным источником доходов бюджетов. Государственный бюджет Российской Федерации в основном пополняется за счет поступлений от налоговых платежей. Однако необходимо отметить, что в СССР такой категории, как налог, фактически не существовало. Это связано с тем, что в Советском Союзе все предприятия находились в государственной собственности, поэтому государство получало доход непосредственно от экономической деятельности, а не от налогообложения. В СССР существовали определенные налоги, но большой роли и существенного значения в экономике государства они не имели. Соответственно в советской юридической науке понятие налога было малоизученным.

В связи социально-экономическими преобразованиями, произошедшими в нашей стране, и появлением рыночной системы экономики возникла необходимость правового регулирования экономических отношений, и в том числе финансовых отношений по уплате налогов и сборов. Обязанность по уплате налога закреплена Конституцией Российской Федерации – ст. 57. Исходя из этого налогоплательщиками являются не только предприятия, но и граждане. При этом налогами облагается не

только та категория граждан, которая занимается предпринимательской деятельностью, но и те, кто работает в организациях и получает заработную плату или имеет в собственности автотранспорт или недвижимость, т.е. уплата налогов касается практически каждого.

Понятие налога является ключевым в отношениях по налогообложению. Но из-за неразработанности в советский период этого понятия на протяжении уже более полутора десятков лет в Российской Федерации происходит формирование такой правовой категории, как налог. В связи с этим представляется интересным рассмотреть процесс правового определения налога в России и роль в этом Конституционного суда Российской Федерации.

Первое определение налога в Российской Федерации дано **законом РФ от 27.12.1991 N2118-1 «Об основах налоговой системы в Российской Федерации»** [1], который на сегодня уже не действует. Статья 2 указанного закона устанавливала, что под налогом, сбором, пошлиной и другим платежом понимается обязательный взнос в бюджет соответствующего уровня или во внебюджетный фонд, осуществляемый налогоплательщиками в порядке и на условиях, определяемых законодательными актами. Как видно, это понятие не является достаточно

четким и конкретным, не отражает существенные признаки налога.

Действующий в настоящее время **Налоговый кодекс Российской Федерации** [2] в ст. 8 определяет, что налог – это обязательный, индивидуально безвозмездный платеж, взимаемый с организаций и физических лиц в форме отчуждения принадлежащих им на праве собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления денежных средств в целях финансового обеспечения деятельности государства и (или) муниципальных образований.

В связи с недостаточно точным определением налога, существовавшим в Российской Федерации до принятия части первой Налогового кодекса Российской Федерации, и нечеткими границами между налоговыми и другими обязательными платежами возникало множество спорных моментов как в теории, так и на практике при отнесении некоторых платежей к налоговым, а также в целом при налогообложении.

Задачу правового определения налоговых платежей и отграничения их от других во многом выполнил Конституционный суд Российской Федерации. Попробуем на примере некоторых его постановлений и определений увидеть процесс формирования правовой категории «налог».

Одним из первых наиболее значимых актов Конституционного суда Российской Федерации, в котором высказывается суждение о сущности и природе налога, можно считать **Постановление Конституционного суда Российской Федерации от 17 декабря 1996 г. №20-П «По делу о проверке конституционности пунктов 2 и 3 части первой статьи 11 Закона Российской Федерации от 24 июня 1993 г. «О федеральных органах налоговой полиции»** [3]. В нем отмечается, что в соответствии со ст. 57 Конституции Российской Федерации каждый обязан платить законно установленные налоги и сборы, и данная конституционная обязанность имеет особый – публично-, а не частно-правовой (гражданско-правовой) – характер, что обусловлено публично-правовой природой государства и государственной власти. В связи с этим налогопла-

тельщик не вправе распоряжаться по своему усмотрению той частью своего имущества, которая в виде определенной денежной суммы подлежит взносу в казну, и обязан регулярно перечислять эту сумму в пользу государства. Кроме того, констатировано, что налоговые правоотношения основаны на властном подчинении одной стороны другой, что они предполагают субординацию сторон, одной из которых – налоговому органу, действующему от имени государства, – принадлежит властное полномочие, а другой – налогоплательщику – обязанность повиновения.

Далее в **постановлении Конституционного суда Российской Федерации от 18 февраля 1997 г. №3-П «По делу о проверке конституционности постановления Правительства Российской Федерации от 28 февраля 1995 г. «О введении платы за выдачу лицензий на производство, розлив, хранение и оптовую продажу алкогольной продукции»** [4] и в **постановлении Конституционного суда Российской Федерации от 1 апреля 1997 г. №6-П «По делу о соответствии Конституции Российской Федерации пунктов 8 и 9 Постановления Правительства Российской Федерации от 1 апреля 1996 г. №479 «Об отмене вывозных таможенных пошлин, изменении ставок акциза на нефть и дополнительных мерах по обеспечению поступления доходов в федеральный бюджет»** [5] сформулирована правовая позиция в отношении «законности установления налога» в смысле ст. 57 Конституции РФ.

Статья 71 Конституции Российской Федерации относит федеральные налоги и сборы к ведению Российской Федерации. В ч. 3 ст. 75 предусмотрено, что система налогов, взимаемых в федеральный бюджет, а также общие принципы налогообложения и сборов устанавливаются федеральным законом, а в ст. 106 определено, что принятые Государственной Думой федеральные законы по вопросам федеральных налогов и сборов подлежат обязательному рассмотрению в Совете Федерации. Федеральные налоги и сборы следует считать поэтому

«законно установленными», если они установлены федеральным законодательным органом в надлежащей форме, т.е. федеральным законом в предусмотренном законом порядке, и введены в действие в соответствии с действующим законодательством.

Определение сущности и основных признаков налога содержится в *постановлении Конституционного суда Российской Федерации от 11 ноября 1997 г. №16-П «По делу о проверке конституционности статьи 11.1 Закона РФ от 1 апреля 1993 года «О Государственной границе Российской Федерации» в редакции от 19 июля 1997 г.* [6]. В этом постановлении указано, что, как правило, налоговые платежи при внесении их в бюджет не имеют целевого назначения, а совершение государственных расходов не должно быть обусловлено поступлением отдельных налоговых платежей. Вместе с тем в определенных случаях налоговый платеж может носить целевую направленность, обусловленную интересами определенных групп населения либо отраслей хозяйства или ведомств.

Конституционный суд Российской Федерации, исследуя правовую природу сбора за пограничное оформление, установил, что, по сути, этот сбор является налоговым платежом, так как представляет собой основанную на законе денежную форму отчуждения собственности с целью обеспечения расходов публичной власти, осуществляется в том числе на началах обязательности, безвозвратности, индивидуальной безвозмездности и поступает в специальный бюджетный фонд. Кроме того, сбор за пограничное оформление по своей юридической природе подпадает под конституционное понятие «федеральные налоги и сборы». Раскрывая содержание этого понятия, Конституционный суд Российской Федерации отметил следующее. Установить налог или сбор можно только законом, а налоги, взимаемые не на основе закона, не могут считаться «законно установленными», так как Конституция Российской Федерации исключает возможность установления налогов и сборов органами исполни-

тельной власти. Установить налог или сбор – не значит только дать ему название, необходимо определение в законе существенных элементов налоговых обязательств. Таким образом, налог или сбор может считаться законно установленным только в том случае, если законом зафиксированы существенные элементы налогового обязательства, т.е. установить налог можно только путем прямого перечисления в законе о налоге существенных элементов налогового обязательства.

Эта правовая позиция также подтверждена в *постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 30 января 2001 г. №2-П «По делу о проверке конституционности положений подпункта «д» пункта 1 и пункта 3 статьи 20 Закона Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» в редакции Федерального закона от 31 июля 1998 года «О внесении изменений и дополнений в статью 20 Закона Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации», а также положений закона Чувашской Республики «О налоге с продаж», закона Кировской области «О налоге с продаж» и закона Челябинской области «О налоге с продаж», жалобами общества с ограниченной ответственностью «Русская тройка» и ряда граждан»* [7] и в *постановлении Конституционного суда Российской Федерации от 20 февраля 2001 г. №3-П «По делу о проверке конституционности абзацев второго и третьего пункта 2 статьи 7 Федерального закона «О налоге на добавленную стоимость» в связи с жалобой закрытого акционерного общества «Востокнефтьресурс»* [8]. В этих документах отмечается, что применительно к налогам субъектов Российской Федерации (региональным налогам) «законно установленными» могут считаться только налоги, которые вводятся законодательными органами субъектов Российской Федерации в соответствии с общими принципами налогообложения и сборов, определенными федеральным законом. Эти общие принципы относятся к основным гарантиям, уста-

новление которых федеральным законом обеспечивает реализацию и соблюдение в Российской Федерации основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, принципов федерализма.

Перечень региональных налогов, внесение в него изменений и дополнений, круг налогоплательщиков, а также существенные элементы каждого регионального налога (в том числе объект налогообложения, налоговая база, предельная ставка налога) должны регулироваться федеральным законом, с тем чтобы не допускать излишнего обременения налогоплательщиков обязанностями по уплате налогов, устанавливаемыми законами субъектов Российской Федерации о региональных налогах, формирования доходной части бюджетов одних субъектов Российской Федерации за счет других, нарушения конституционных положений о единстве экономического пространства, равенстве прав человека и гражданина, свободном перемещении товаров, услуг и финансовых средств.

Принятие федерального закона о региональном налоге порождает право субъекта Российской Федерации своим законом установить и ввести в действие данный налог независимо от того, вводят ли его на своей территории другие субъекты Российской Федерации. При этом законодатель субъекта Российской Федерации может осуществлять правовое регулирование регионального налога при условии, что такое регулирование не увеличивает налоговое бремя и не ухудшает положение налогоплательщиков по сравнению с тем, как это определяется федеральным законом.

Законодатель, устанавливая новый налог, должен обеспечить определенность норм закона о налоге и его соответствие общим принципам налогообложения. Налоговые нормы должны быть четкими и понятными, поскольку расплывчатость налоговой нормы может привести к не согласующемуся с конституционным принципом правового государства произвольному и дискриминационному ее применению государственными органами и должностными лицами в их отношениях с налогоплатель-

щиками и тем самым к нарушению конституционного принципа равенства. Предусмотренный в дефектных с точки зрения требований юридической техники нормах налог не может считаться законно установленным.

Также подтверждено, что недопустимо введение региональных налогов, которые позволяют формировать бюджеты одних территорий за счет налоговых доходов других территорий либо переносить уплату налогов на плательщиков других регионов. При этом отмечено, что в соответствии со ст. 57 Конституции требование законно установленного налога и сбора относится не только к форме, процедуре принятия и содержанию акта о налогах и сборах, но и к порядку введения его в действие.

Федеральный законодатель, устанавливая федеральные налоги, определяет как их систему, так и все элементы налоговых обязательств, в том числе объект налогообложения, налоговую базу, порядок исчисления и уплаты налога. При этом он обязан соблюдать положения Конституции Российской Федерации, относящиеся к признанию и гарантиям прав и свобод человека и гражданина.

Еще один акт, в котором Конституционный суд Российской Федерации выявлял сущность платежа и тем самым подчеркивал наличие у налога определенных признаков, – это *постановление Конституционного суда Российской Федерации от 17 июля 1998 г. №22-П «По делу о проверке конституционности Постановлений Правительства Российской Федерации от 26 сентября 1995 г. №962 «О взимании платы с владельцев или пользователей автомобильного транспорта, перевозящего тяжеловесные грузы, при проезде по автомобильным дорогам общего пользования» и от 14 октября 1996 г. №1211 «Об установлении временных ставок платы за провоз тяжеловесных грузов по федеральным автомобильным дорогам и использовании средств, получаемых от этой платы»* [9]. В этом постановлении определяется правовая природа платы за провоз тяжеловесных грузов по федераль-

ным автомобильным дорогам. Было отмечено, что эта плата в отличие от налоговых платежей не отвечает признаку индивидуальной безвозмездности, поскольку плательщик, внося эту плату, индивидуализированную соразмерно наносимому им ущерб федеральным автомобильным дорогам, получает возможность использовать эти дороги. Возникновение обязанности по уплате основано на несвойственной налоговому платежу свободе выбора, в данном случае – выбора способа транспортировки груза, а последствием неуплаты данного платежа является не принудительное изъятие соответствующих денежных средств в виде налоговой недоимки, а отказ в выдаче разрешения на перевозку тяжеловесных грузов.

Что касается зачисления платы за провоз тяжеловесных грузов по федеральным автомобильным дорогам в Федеральный дорожный фонд, консолидированный в федеральном бюджете, то, как отметил Конституционный суд Российской Федерации, это не является основанием для признания ее фискального характера, поскольку согласно бюджетному законодательству пополнение бюджета осуществляется не только на основе налоговых платежей. Таким образом, рассматриваемая плата не обладает рядом признаков, присущих налоговому обязательству в его конституционно-правовом смысле.

Поскольку налоги могут считаться законно установленными лишь при условии, что в законе четко определены объекты налогообложения, налогооблагаемая база, суммы налоговых платежей, категории налогоплательщиков и иные существенные элементы налоговых обязательств, то только при соблюдении этого условия на налогоплательщика может быть возложена закрепленная ст. 57 Конституции РФ обязанность и, следовательно, ответственность за ее неисполнение. А в случаях, когда законом предусматриваются те или иные льготы, освобождающие от уплаты налогов или позволяющие снизить сумму налоговых платежей, применительно к соответствующим категориям налогоплательщиков обя-

занность платить законно установленные налоги предполагает необходимость их уплаты лишь в той части, на которую льготы не распространяются, и именно в этой части на таких налогоплательщиков возлагается ответственность за неуплату законно установленных налогов.

При этом в *постановлении Конституционного суда Российской Федерации от 27 мая 2003 г. №9-П «По делу о проверке конституционности положения статьи 199 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан П.Н. Белецкого, Г.А. Никовой, Р.В. Рукавишников, В.Л. Соколовского и Н.И. Таланова»* [10] Конституционный суд Российской Федерации отмечает, что недопустимо установление ответственности за такие деяния налогоплательщика, которые хотя и имеют своим следствием неуплату налога либо уменьшение его суммы, но заключаются в использовании предоставленных налогоплательщику законом прав, связанных с освобождением на законном основании от уплаты налога или с выбором наиболее выгодных для него форм предпринимательской деятельности и соответственно оптимального вида платежа.

Также, думается, необходимо отметить *определение Конституционного суда Российской Федерации от 10 декабря 2002 г. №283-О «По запросу Правительства Российской Федерации о проверке конституционности постановления Правительства Российской Федерации от 14 января 2002 г. №8 «О внесении изменений и дополнений в положение о пошлинах за патентование изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, регистрацию товарных знаков, знаков обслуживания, наименований мест происхождения товаров, предоставление права пользования наименованиями мест происхождения товаров»* [11], в котором высказаны и еще раз подтверждены следующие суждения.

Раскрывая содержание понятия «законно установленные налоги и сборы», Конституционный суд Российской Федерации указал, что установить налог или сбор

можно только законом и только путем прямого перечисления в нем существенных элементов налогового обязательства. Однако это не означает, что правовое регулирование налогов и сборов должно быть во всем одинаковым. Учитывая правовые позиции Конституционного суда Российской Федерации, федеральный законодатель при определении в Налоговом кодексе Российской Федерации основных начал законодательства о налогах и сборах исходил из того, что налоги и сборы как обязательные платежи в бюджет имеют различную правовую природу: если налог – это индивидуальный безвозмездный платеж в целях финансового обеспечения деятельности государства и (или) муниципальных образований, то сбор – это взнос, уплата которого плательщиком является одним из условий совершения в отношении него государственными органами, органами местного самоуправления и должностными лицами юридически значимых действий, включая предоставление определенных прав или выдачу разрешений (лицензий).

Указанное различие предопределяет и различный подход к установлению этих обязательных платежей в бюджет: налог считается установленным лишь в том случае, когда определены налогоплательщики и все перечисленные в ст. 17 Налогового кодекса Российской Федерации элементы налогообложения. При установлении же сборов определяются их плательщики и элементы обложения применительно к конкретным сборам. Следовательно, по смыслу приведенных положений вопрос о том, какие именно элементы обложения сбором должны быть закреплены в законе об этом сборе, решает сам законодатель, исходя из характера данного сбора.

В силу сформулированных Конституционным судом Российской Федерации правовых позиций обязательные индивидуально-возмездные федеральные платежи, внесение которых является одним из условий совершения государственными органами определенных действий в отношении плательщиков (в том числе предоставление определенных прав или выдача разрешений)

и которые предназначены для возмещения соответствующих расходов и дополнительных затрат публичной власти, должны рассматриваться как законно установленные в смысле ст. 57 Конституции Российской Федерации не только в том случае, когда ставки платежей предусмотрены непосредственно федеральным законом, но – при определенных условиях – и тогда, когда такие ставки на основании закона устанавливаются Правительством Российской Федерации.

На основе изложенного Конституционный суд Российской Федерации делает следующий вывод. Из ст. 57, 71 (пункт «з»), 75 (ч. 3) и 76 (ч. 1) Конституции Российской Федерации во взаимосвязи с ее ст. 114 и 115 вытекает, что в соответствии со своими конституционными полномочиями Правительство Российской Федерации посредством нормативных правовых актов может предусматривать обязательные платежи, которые взимаются в публично-правовом порядке, если они не носят налогового характера и допускаются по смыслу федерального закона, возлагающего регулирование исполнения закрепляемых им обязанностей на Правительство Российской Федерации. Правительство Российской Федерации также устанавливает ставки неналоговых платежей (сборов), если это делегировано ему соответствующим федеральным законом, в котором непосредственно определены плательщики и объект обложения.

Указывая государственную пошлину в перечне федеральных налогов и сборов, Налоговый кодекс Российской Федерации не определяет при этом, налогом или сбором она является. Поскольку в соответствии с п. 5 ст. 3 Налогового кодекса Российской Федерации ни на кого не может быть возложена обязанность уплачивать взносы и платежи, обладающие установленными Налоговым кодексом Российской Федерации признаками налогов и сборов, им не предусмотренные либо установленные в ином порядке, чем это определено названным Кодексом, любой платеж независимо от данного ему названия должен оценивать-

ся по существу, с учетом характеристик налога и сбора, предусмотренных законом.

Пошлины за совершение юридически значимых действий, связанных с патентом, а также с регистрацией товарного знака, регистрацией и предоставлением права пользования наименованием места происхождения товара, носят индивидуально-возмездный и компенсационный характер и являются по своей правовой природе не налогом, а фискальным сбором. Общие принципы обложения таким сбором, ряд его существенных признаков, а именно субъекты (плательщики), в общей форме – объект обложения и облагаемая база (виды оказываемых услуг, признание патентоспособности, влекущее приобретение права на правовую охрану с вытекающими из него льготами и преимуществами), определены непосредственно федеральным законом. Что касается перечня действий, за совершение которых взимаются указанные пошлины, размеров, сроков уплаты, а также оснований для освобождения от их уплаты, уменьшения размеров или возврата, то федеральный законодатель предоставил полномочие регулировать эти вопросы Правительству Российской Федерации.

Таким образом, платежи, указанные в Налоговом кодексе Российской Федерации, но не обладающие рядом существенных признаков и элементов, присущих налоговому обязательству в его конституционно-правовом смысле, не включаются в систему налогов и по своей сути подпадают под понятие сбора, в том числе и пошлины за совершение юридически значимых действий, связанных с патентом, а также с регистрацией товарного знака, регистрацией и предоставлением права пользования наименованием места происхождения товара.

Как указал Конституционный суд Российской Федерации, характеристика указанных пошлин как сборов, а не налогов корреспондирует международным договорам, участником которых является Россия, – Парижской конвенции по охране промышленной собственности, Договору о патентной кооперации, Мадридскому соглашению о регистрации знаков и др. В английском

тексте этих договоров для обозначения патентных платежей, в том числе устанавливаемых национальным законодательством, используется понятие «fee» (т.е. возмещение расходов, денежный сбор, пошлина, плата за профессиональные услуги), а не «tax» (налог).

Далее развивает эти сформулированные суждения *определение Конституционного Суда Российской Федерации от 8 июня 2004 г. №224-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Арбитражного суда Тюменской области о проверке конституционности части первой статьи 2 и части первой статьи 5 закона РФ «О налоге на операции с ценными бумагами»*¹. В этом определении Конституционный суд Российской Федерации устанавливает, что налог и сбор имеют отличия в своей сущности, и именно эти отличия являются определяющими при отнесении того или иного платежа к налогу или сбору, независимо от установленного наименования платежа.

И применяя данную позицию при выяснении сущности обязательного платежа в федеральный бюджет, установленного законом Российской Федерации «О налоге на операции с ценными бумагами», Конституционный суд Российской Федерации указал, что по смыслу данного закона установленный им обязательный платеж взимается за совершение юридически значимых действий, т.е. по сути является сбором, независимо от его наименования.

Исходя из изложенного, можно заключить, в частности, на примере постановления Конституционного суда Российской Федерации от 11 ноября 1997 г. №16-П «По делу о проверке конституционности статьи 11.1 Закона РФ от 1 апреля 1993 г. «О Государственной границе Российской Федерации» в редакции от 19 июля 1997 г., что Конституционным судом Российской Федерации определены основные признаки и фактически дано достаточно четкое и конкретное понятие налога. В названном постановлении

¹ Документ опубликован не был: Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

указано, что налогом признается основанная на законе денежная форма отчуждения собственности с целью обеспечения расходов публичной власти, осуществляемая в том числе на началах обязательности, безвозвратности, индивидуальной безвозмездности и поступающая в специальный бюджетный фонд.

Эта позиция Конституционного суда Российской Федерации в отношении понятия и признаков налога и сбора практически полностью воспринята законодателем, поскольку именно названные признаки и понятие в почти неизменном виде перенесены в Налоговый кодекс Российской Федерации, в соответствии с которым под налогом понимается обязательный, индивидуально безвозмездный платеж, взимаемый с организаций и физических лиц в форме отчуждения принадлежащих им на праве собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления денежных средств в целях финансового обеспечения деятельности государства и (или) муниципальных образований.

Итак, как уже отмечалось, видна схожесть определения и основных признаков налога, закрепленных в настоящее время в Налоговом кодексе Российской Федерации, с определением и признаками, содержащимися в постановлениях Конституционного суда Российской Федерации.

К таким основным характерным чертам или признакам налога, отражающим его сущность, можно отнести следующие:

- обязательность;
- индивидуальная безвозмездность и безвозвратность;
- отчуждение денежных средств, принадлежащих организациям и физическим лицам на праве собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления;
- направленность на финансирование деятельности государства или муниципальных образований.

Частично раскрывая некоторые из названных признаков, можно отметить следующее.

Обязательность представляет собой правовую обязанность налогоплательщика

по отношению к государству. В соответствии со ст. 57 Конституции Российской Федерации «каждый обязан платить законно установленные налоги и сборы». Законодательство о налогах и сборах регулирует властные отношения по установлению, введению и взиманию налогов и сборов в Российской Федерации (ст. 2 Налогового кодекса Российской Федерации), и эти отношения не зависят от воли участвующих в нем сторон. Налоговые обязательства возникают у налогоплательщика автоматически, если он обладает комплексом определенных признаков, указанных в законе.

Безвозмездность означает, что возникновение у налогоплательщика обязательства по передаче части своей собственности государству не влечет за собой возникновение у государства обязательств перед налогоплательщиком дать, сделать или предоставить что-либо именно ему в связи с уплатой налога. Государство обеспечивает жизнедеятельность всего общества и оказывает различные услуги гражданам в рамках закона, независимо от уплаты ими налогов, а перед конкретным налогоплательщиком в связи с уплатой им налога государство не имеет никаких обязательств.

Безвозвратность означает, что, во-первых, при уплате налогов право собственности на денежные средства, уплачиваемые в виде налога, переходит от налогоплательщиков к государству. Во-вторых, переход права собственности на сумму налога является абсолютным и не порождает у государства обязательств по возврату этой суммы, ее части или ее эквивалента налогоплательщику. Возврат излишне уплаченных налогов и сборов в расчет брать нельзя, так как такой возврат происходит при уплате в бюджет денежных средств в сумме большей, чем необходимо уплатить по закону, например, при счетных ошибках и др. И налогоплательщик в таких случаях имеет право требовать возратить именно ту часть, которая является излишне оплаченной.

Уплата налогов происходит в денежной форме, налоги не могут быть уплачены в натуральной форме. Это так называемый

признак «денежности» налога. После введения в действие Налогового кодекса Российской Федерации недопустимо осуществление каких-либо зачетов по уплате налогов, как это практиковалось некоторое время в 90-е гг. в условиях общего экономического кризиса и кризиса неплатежей. Здесь также нельзя учитывать зачет излишне оплаченных налогов в счет будущих платежей, так как в этом случае происходит погашение обязательства по уплате налога теми денежными средствами, которые ранее в этот бюджет уже были внесены.

Вместе с тем Конституционный суд Российской Федерации не только выявил отличия налога и сбора по своей сущности, но и сформулировал правовую позицию, в соответствии с которой именно эти отличия являются определяющими при отнесении того или иного платежа к налогу или сбору независимо от установленного наименования платежа.

Статья 8 Налогового кодекса Российской Федерации определяет, что сбор – это обязательный взнос, взимаемый с организаций и физических лиц, уплата которого – одно из условий совершения в интересах плательщика сборов государственными органами, органами местного самоуправления, иными уполномоченными органами и должностными лицами юридически значимых действий, включая предоставление определенных прав или выдачу разрешений.

Основной характерной чертой (или признаком) сбора, отражающей его сущность и принципиально отличающей его от налога, является следующее. Оплата сбора является одним из условий совершения в отношении плательщика сбора государственными органами, органами местного самоуправления или иными уполномоченными органами и должностными лицами юридически значимых действий, предоставление плательщику сбора определенных прав или выдача плательщику сбора разрешений (лицензий).

Это означает, что плательщик сбора вправе претендовать и даже требовать от государства в связи с уплатой сбора какие-либо услуги в рамках закона. Таким образом, сбор является индивидуально возмездным платежом в отличие от налога, который

является индивидуально безвозмездным. При этом значение имеет именно принцип возмездности, т.е. предоставления услуг взамен или в связи с оплатой сбора, а не эквивалентности, т.е. соразмерности суммы платежа и оказываемой услуги, поскольку в различных случаях уплата сбора может, как покрывать затраты государства на предоставление плательщику услуг, так и не покрывать всех расходов государства. Здесь также необходимо отметить, что размер сбора не должен препятствовать возможности обращения к государству для получения каких-либо услуг, в связи с этим сумма сбора не должна быть излишне большой.

Кроме этого, выделяются некоторые дополнительные отличия налога от сбора. Это, например, периодичность уплаты налога – ежегодно или ежеквартально, и разовый характер уплаты сбора – оплачивается при возникновении необходимости разово. Определенная добровольность сбора, так как плательщик оплачивает сбор самостоятельно без какой-либо угрозы применения к нему мер ответственности со стороны государства при неуплате сбора, как в случае с неуплатой налога.

Вместе с тем принцип превалирования сущности платежа над его наименованием может применяться не только при разграничении налогов и сборов, но и шире, например при сопоставлении налоговых и сходных с ними неналоговых платежей, в частности сборов по обязательному страхованию (ПФ, ФСС, ФОМС). При этом так же необходимо выделять отличия, которые будут определять сущность платежа, и именно исходя из этой сущности, следует относить платеж к той или иной группе.

Итак, исходя из анализа рассмотренных актов Конституционного суда Российской Федерации и сформулированных в этих актах выводах и правовых позициях в отношении понятий налога и сбора, сопоставляя их с понятиями налога и сбора, закрепленными в Налоговом кодексе Российской Федерации, можно сделать вывод об определяющей роли Конституционного суда Российской Федерации в формировании понятий налога и сбора.

Библиографический список

1. *Российская газета*. 10.03.1992. №56.
2. *Российская газета*. 06.08.1998. №148-149.
3. *Собрание законодательства РФ*. 1997. №1. Ст. 197.
4. *Собрание законодательства РФ*. 1997. №8. Ст. 1010.
5. *Собрание законодательства РФ*. 1997. №14. Ст. 1729.
6. *Собрание законодательства РФ*. 1997. №46. Ст. 5339.
7. *Собрание законодательства РФ*. 2001. №7. Ст. 701.
8. *Собрание законодательства РФ*. 2001. №10. Ст. 996.
9. *Собрание законодательства РФ*. 1998. №30. Ст. 3800.
10. *Собрание законодательства РФ*. 2003. №24. Ст. 4231.
11. *Собрание законодательства РФ*. 2002. №52. Ст. 5289.

ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION IN DEFINING THE TAX AND DUTY

O.G. Belkin

Perm State University ,614990, Perm, Bukireva Street, 15

The article is devoted to the tax concept in the Russian Law. Based on the acts of the RF Constitutional Court the tax concept and characteristics are reviewed formulated by the Constitutional Court of the RF. So the conclusion is made about the importance of the RF Constitutional Court in defining the tax concept in the Tax Code by the legislator.

Keywords: tax concept, duty concept, legal positions of the RF Constitutional Court

**ПРАВО НА ОБЪЕДИНЕНИЕ В ТЕРРИТОРИАЛЬНОМ
ОБЩЕСТВЕННОМ САМОУПРАВЛЕНИИ****Е.В. Раздьяконова**

Аспирант кафедры конституционного и международного права НОУ ВПО «Сибирский университет потребительской кооперации» (СибУПК), заместитель начальника Управления по кадровой и правовой работе СибУПК, 630087, г. Новосибирск, пр. К. Маркса, 26.

В статье представлены некоторые подходы к определению права на объединение и различные аспекты реализации данного права, критерии отличия его от смежных конституционных прав. Рассматривается механизм осуществления права на объединение в территориальном общественном самоуправлении и проблемы, связанные с данным осуществлением.

Ключевые слова: право на объединение, территориальное общественное самоуправление

Основой прав и общественно-политической жизни является право на объединение, или, как принято формулировать в международных документах и зарубежных конституциях, свобода ассоциаций и союзов. Это право является важным компонентом политических прав и свобод и основополагающим условием существования демократического общества. Оно обеспечивает возможность участия каждого в общественной и политической жизни, а также является юридической основой образования и деятельности разного рода общественных объединений.

Термин «объединение» применительно к обозначению ассоциаций граждан используется в Конституции РФ в сочетании с другими понятиями, позволяющими провести разграничение между различными по целям и задачам союзами лиц. В нескольких статьях упоминается «объединение граждан», Конституция же Российской Федерации оперирует такими понятиями, как «граждане и их объединения», «религиозные объединения». Все они служат для обозначения ассоциаций (союзов) физических лиц и позволяют говорить о закреплении не столько субъективного права лица, сколько об объединениях различного вида и назначения.

Специфика конституционного закрепления права на объединение в Российской

Федерации заключается в том, что: 1) в ст. 13 Конституции (положения которой относятся к основам конституционного строя Российской Федерации) гарантируется равенство общественных объединений перед законом и формулируются фундаментальные конституционные запреты на создание и деятельность общественных объединений; 2) в ст. 30 Конституции гарантируется право каждого на объединение, включая право создавать профессиональные союзы для защиты своих интересов, свобода деятельности общественных объединений и свобода от принуждения к вступлению в какое-либо объединение или пребывание в нем. Собственно субъективному праву на объединение посвящена только одна статья Конституции Российской Федерации – ст. 30. Причем она содержит несколько важнейших конституционных норм, помещенных вместе, но имеющих самостоятельное значение,

Содержание права на объединение раскрывается в Федеральном законе от 19 мая 1995 г. №82-ФЗ «Об общественных объединениях» [8]. В ст. 3 данного закона говорится, что право граждан на объединение включает в себя право создавать на добровольной основе общественные объединения для защиты общих интересов и достижения общих целей, право вступать в существующие общественные объединения либо воздерживаться от вступления в них, а также право беспрепятственно выходить из

общественных объединений. Таким образом, конституционное право граждан на объединение включает в себя следующие правомочия: 1) право создавать на добровольной основе общественные объединения для защиты общих интересов и достижения общих целей; 2) право вступать в существующие общественные объединения; 3) право воздержаться от вступления в них; 4) право беспрепятственно выходить из общественных объединений.

Согласно ч. 1 ст. 30 Конституции право на объединение принадлежит в России каждому. Действительно, положения ч. 1 ст. 30 Конституции РФ включают: право на объединение (понятие, охватывающее несколько субъективных прав); право на создание профессиональных союзов (одно из субъективных прав на объединение, реализуемое в отношении объединения конкретного вида); провозглашение свободы деятельности общественных объединений (частный случай общего гарантирования свободы деятельности объединений).

Вместе с тем, видимо, следует разграничивать право на объединение как общее понятие и частные его проявления, имеющие различные основания выделения, а именно: право на объединение конкретного вида (профессиональное объединение) и право на создание объединения.

Следует также обратить внимание на упоминание в международных документах в одном ряду таких неотъемлемых прав, как право на свободу мирных собраний и ассоциаций (ст. 20 Всеобщей декларации прав человека; ст. 11 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод).

Конституция Российской Федерации отдельно в ст. 31 закрепляет право граждан «собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирования». Из всех перечисленных организационных форм в наибольшей степени подпадают под признаки, характерные для объединений, лишь собрания граждан.

В литературе под собранием как одной из форм публичных акций понимается «совместное присутствие группы граждан в

определенном месте в конкретно определенное время для коллективного обсуждения и решения каких-либо проблем и вопросов» [5. С. 66].

Если в основе отличия собрания от толпы лежит наличие общего интереса в совместном решении какого-либо вопроса и осознание этого интереса собравшимися людьми, то отличие объединения от собрания базируется на различном характере этого интереса. Интерес в собрании – решение вопроса, по поводу которого собрались, поэтому он всегда конкретен и сиюминутен. Интерес в объединении – достижение цели, ради которой люди объединились. Эта цель всегда носит более абстрактный и отдаленный во времени характер, и соответственно рассматриваемый интерес более постоянен, его нельзя достигнуть путем проведения собрания. При этом конкретные вопросы в объединении решаются в форме проведения собраний (очных или заочных), т.е. проведение собрания участников объединения – это в том числе и форма решения конкретных вопросов объединения.

Объединяться люди могут также для достижения какой-нибудь одной конкретной цели и на относительно небольшой промежуток времени, но уже на качественно ином уровне по сравнению с проведением собрания.

Постоянство интереса объединившихся лиц влечет большую устойчивость, постоянство, стабильность объединения как общественного явления по сравнению с собранием.

Если обратиться к лингвистическому толкованию, термин «объединение» можно определить как «общее единение». Оно отличается от собрания формальной стороной своей организации: объединение проявляется не в пространственном соединении людей, а в принадлежности их к одной общности. Особый характер единства объединившихся людей находит свое выражение в форме их самоорганизации. Соответственно объединение, как форма проявления социальной активности, приобретает особую общественную значимость, а как социальное явление представляет собой более

сложное образование, чем собрание, и потому нуждается в тщательной правовой регламентации, а право на объединение – в правовых гарантиях и защите, поскольку приобретает статус не только личного, но и политического, социального, экономического субъективного права в зависимости от сферы, в которой реализуется.

Право на объединение – основа организованного контакта граждан, в результате которого возникает их общность. Степень прочности контактов может быть различной. Если люди просто встречаются в определенном месте на почве своих интересов, обмениваются информацией, материалами, общаются, это еще не объединение. Право на объединение служит основой выражения личных некоммерческих интересов граждан в общественных сферах (см. [1. С. 618]).

Реализацией права на объединение является создание различных общественных формирований, общностей. Общности – природно-культурные целостности, реализующие себя через деятельность индивидов, организаций. Общности отделяют себя от внешнего мира, полагают себя в нем, удовлетворяют собственные интересы единственно через активность составляющих их индивидов, организованных групп [2. С. 81].

Безусловно, главным способом реализации права на объединение является создание и деятельность общественных объединений. Но и иные общественные формирования выступают способами реализации данного права. В частности, это могут быть партии, профсоюзы, религиозные группы и организации. Однако их статус регулируется иными нормами Конституции.

Так, например, специфика профсоюзов состоит в том, что, помимо защиты трудовых интересов, они могут быть – в определенной мере – и средством общественно-политической защиты граждан. В этом отношении применительно к профсоюзам право на объединение как бы перебрасывает мостик от публично-политических к экономическим и социальным правам граждан (см. [1. С. 619]).

В системе местного самоуправления реализации права на объединение служит территориальное общественное самоуправление (далее – ТОС). Территориальное общественное самоуправление также есть организованный контакт граждан, в результате которого возникает общность. Обращаясь к нормативному регулированию понятия ТОС, мы находим его определение в ст. 27 Федерального закона от 6 октября 2003 г. №131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» [10]: это самоорганизация граждан по месту их жительства на части территории поселения для самостоятельного и под свою ответственность осуществления собственных инициатив по вопросам местного значения.

Территориальное общественное самоуправление свое развитие получило в 80-е гг., что совпало с периодом «перестройки», одной из декларируемых целей которой была «демократизация управления». Тогда появились новые формы самостоятельности граждан – советы, комитеты, самоуправление жителей микрорайонов, жилищных комплексов, поселков, которые создавались в рамках действовавших органов общественной самодеятельности.

К органам общественной самодеятельности относились: во-первых, органы, формируемые по производственно-отраслевому принципу (советы молодых специалистов, общественные бюро экологического анализа, советы новаторов, общественные советы магазинов, родительские комитеты и т.д.); во-вторых, органы, формируемые по месту жительства граждан (домовые, уличные комитеты, народные женские советы, товарищеские суды, дружины и т.д.) [4. С. 196–200].

В соответствии с действующим федеральным законодательством инициатива создания ТОС принадлежит гражданам и не может быть навязана «сверху». Но вернемся к анализу современного законодательного определения ТОС. Первый абзац ст. 27 Федерального закона от 6 октября 2003 года «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федера-

ции» четко и ясно определяет, что природа ТОСа – это природа общественной структуры. В тоже время, в соответствии с ч. 10 ст. 27 данного закона порядок организации и осуществления территориального общественного самоуправления, условия и порядок выделения необходимых средств из местного бюджета определяются уставом муниципального образования и (или) нормативными правовыми актами представительного органа муниципального образования.

С одной стороны, население имеет свободу для самообразования, свободу создания общественной структуры, а с другой стороны, эта свобода ограничивается законом, который создаст власть. И, как отмечают специалисты, эта власть будет диктовать, как создавать ТОСы и как они будут работать. Такое законодательное положение влечет повсеместную зависимость органов территориального общественного самоуправления от органов местного самоуправления.

Из смысла данной статьи можно сделать вывод о том, что право на осуществление территориального общественного самоуправления может быть реализовано только в том случае, если оно подкреплено нормативно-правовыми актами муниципального образования. Следовательно, в случае отсутствия нормативного акта муниципального образования создаваемые ТОСы находятся вне правового поля.

Безусловно, территориальное общественное самоуправление является сферой применения, прежде всего, муниципально-правовых норм. И ретроспективный анализ подтверждает, что для становления и утверждения ТОС, как и в целом местного самоуправления, в российских условиях имеется достаточный опыт, позволивший на федеральном уровне определить ряд мер, направленных на формирование его правовых основ.

Таким образом, территориальное общественное самоуправление рассматривается законодателем как возможность реализации конституционного права граждан на местное самоуправление, и ТОС является

такой формой реализации права граждан на осуществление местного самоуправления, гарантированного Конституцией. Но, учитывая вышеизложенные характеристики, ТОС следует рассматривать и в общеправовом смысле, как право граждан на объединение. Однако отождествлять ТОС и общественные объединения нельзя. ТОС граничит и с общественными объединениями, и с властными формами местного самоуправления. Данное пограничное положение является отличительной чертой общественного самоуправления в виде ТОС и от властного местного самоуправления, и от общественных объединений, что, несомненно, должно быть законодательно закреплено при определении правового статуса ТОС.

Органы местного самоуправления, являясь органами публичной власти и действуя в рамках своей компетенции, вправе согласовывать свои решения с гражданами и их объединениями. В частности, при издании тех или иных правовых актов органов местного самоуправления может предусматриваться обязательный учет мнения таких объединений граждан, как ТОС. В этих случаях действительно ТОС будут рассматриваться как выразители мнения населения соответствующих территорий. Однако при этом ТОСы остаются по своей природе именно объединениями граждан и не могут приобретать какие-либо черты органов публичной власти.

Согласно ч. 2 ст. 30 Конституции РФ никто не может быть принужден к вступлению в какое-либо объединение или к пребыванию в нем. Никакого исключения из этого правила для ТОС быть не может. Показательным примером по аналогии является признание Конституционным судом РФ неконституционными положений Федерального закона от 15 июля 1996 г. №72-ФЗ «О товариществах собственников жилья» [9] в той мере, в какой эти положения допускали обязательность членства жильцов в ТСЖ без их добровольного волеизъявления [6].

Но граждане, не состоящие в указанных объединениях, лишают себя возможности участвовать в осуществлении местного

самоуправления в данной форме. При этом само участие гражданина в ТОС остается делом сугубо добровольным. Какие-либо права граждан не могут вопреки их воле делегироваться ТОС.

Коренное отличие органов публичной власти от объединений граждан состоит в принципах их построения – соответственно обязательности и добровольности. Утопичны и юридически несостоятельны любые попытки конструировать субъекты общественных отношений, представляющие собой нечто среднее между органом власти и объединением граждан. ТОС являются специфической формой объединений граждан. Следует приветствовать включение этих объединений в механизм осуществления местного самоуправления и реальный учет их мнения при принятии публично-властных решений [4].

Таким образом, ТОС – это конституционное право на местное самоуправление, одновременно право на ТОС – это право на объединение. Поэтому право на ТОС – естественное неотчуждаемое право человека.

Особенность естественных прав человека в том, что они неотчуждаемы и должны признаваться, обеспечиваться и защищаться государством. Если граждане определенного государства не реализуют свое естественное право на ТОС, это говорит о том, что в нем не созданы условия для реализации этого права, государство не способствует этому и даже подавляет инициативу граждан реализовать свое право, принадлежащее им от природы [3. С. 16].

Таким образом, граждане, реализуя свое конституционное право на объединение в форме территориального общественного самоуправления в системе местного самоуправления, выражают некоммерческие интересы в общественно-политической сфере. В этом отношении право на объединение применительно к территориальному общественному самоуправлению служит

также реализацией конституционного права на участие в управлении делами государства.

Библиографический список

1. *Авакьян С.А.* Конституционное право России: учеб. курс: в 2 т. / С.А. Авакьян. М.: Юристъ. 2005. Т. 1.
2. *Желтухова Н.А.* Право граждан на территориальное общественное самоуправление – естественное право человека / Н.А. Желтухова // Обеспечение прав и свобод человека и гражданина: сб. ст. по итогам междунар. науч.-практ. конф. Тюмень. 17-19 ноября 2005 г.: в 5 ч. / Под ред. Г.Н. Чеботарева. Тюмень. 2006. Ч. 2
3. *Желтухова Н.А.* Право на территориальное общественное самоуправление: сущность, значение и проблемы реализации / Н.А. Желтухова // Государственная власть и местное самоуправление. 2005. №5.
4. *Лукьянов А.И.* Советское государство и общественные организации / А.И. Лукьянов, Б.М. Лазарев. М., 1961.
5. *Нудненко Л.А.* Теоретические основы права граждан РФ на проведение собраний, митингов, шествий и пикетирования / Л.А. Нудненко // Журнал российского права. 2000. №12.
6. *Постановление Конституционного Суда РФ от 3 апреля 1998 г. №10-П // СЗ РФ. 1998. №15.*
7. *Сергеев А.А.* Территориальное общественное самоуправление как форма муниципальной демократии А.А. Сергеев // Известия вузов. Сер. Правоведение. 2004. №5.
8. *Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. №21.*
9. *Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. №25.*
10. *Собрание законодательства Российской Федерации. 2003. №40.*

***RIGHT FOR CONSOLIDATION IN THE TERRITORIAL
PUBLIC ADMINISTRATION*****E.V. Razdyakonova**

Post-graduate department of constitutional and international law the Siberian University of Consumer Cooperation» (SUCC), Deputy Chief of the department of Personnel and legal work SUCC, 630087, Novosibirsk, etc. Karl Marx, 26.

The article covers some of the approaches in defining the right for the consolidation and different aspects or this right realization, as well as the criteria which separate it from the adjacent constitutional rights. The execution mechanism is viewed of the right for the consolidation in the territorial public administration and associated problems.

Keywords: right for consolidation, territorial public administration

СОВРЕМЕННЫЙ ПОДХОД К ОПРЕДЕЛЕНИЮ КЛАССИФИКАЦИОННЫХ КРИТЕРИЕВ ЧРЕЗВЫЧАЙНЫХ СИТУАЦИЙ

А.А. Устинов

Аспирант кафедры конституционного, административного и финансового права
Пермского государственного университета, 614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15

Статья посвящена анализу современного подхода к классификации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера согласно постановлению Правительства РФ «О классификации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» от 21 мая 2007 г. Автор вносит предложения по усовершенствованию действующей классификации ЧС с учетом законодательного опыта России и стран СНГ.

Ключевые слова: защита населения и территории, чрезвычайные ситуации, классификация

Чрезвычайные ситуации (ЧС) природного и техногенного характера – одна из угроз национальной безопасности России на современном этапе. Важной задачей в связи с этим является дальнейшее совершенствование нормативно-правовой базы защиты населения и территории страны от ЧС.

Немаловажной для теории и практики представляется классификация ЧС природного и техногенного характера. Прежде всего она производится с познавательной целью, для более глубокого научного осмысления сущности ЧС. Кроме того, классификация ЧС имеет важное практическое значение: на основании принадлежности ЧС к тому или иному классу (виду) определяется подсистема РСЧС, выполняющая мероприятия по защите от ЧС, количество и организационная принадлежность сил и средств для ликвидации ее последствий. Четкая и единообразная классификация ЧС необходима для оперативного принятия решений органами, ответственными за защиту от ЧС, для точного исполнения управленческих решений, а также для скоординированной работы всех органов, принимающих участие в защите населения и территории.

Существует несколько оснований для классификации ЧС. Согласно действующим нормативным актам (например, Инструкции о сроках и формах представления информации в области защиты населения от ЧС при-

родного и техногенного характера)¹ ЧС в зависимости от источника подразделяются на техногенные, природные, биолого-социальные (эпидемические) и социальные. ГОСТ 22.0.02-94 «Безопасность в ЧС» подразделяет ЧС по характеру источника на природные, техногенные, биолого-социальные и военные [1]. На наш взгляд, целесообразно термин «военные» заменить на термин «социальные», так как источником возникновения ЧС могут быть и внутренние социальные противоречия, не связанные с военной угрозой (преступность, социально-экономические, межэтнические конфликты, террористические акты и т.п.). В литературе выделяются и другие основания для классификации ЧС – в зависимости от типа и вида событий, лежащих в основе этих ситуаций, от масштаба распространения, от сложности обстановки (например, классификация пожаров), тяжести последствий, и т.д. [13. С. 248].

Особо важной представляется классификация ЧС по масштабу, так как именно на ее основании определяется подсистема РСЧС, осуществляющая ее ликвидацию, решается вопрос о применяемых силах и средствах. Этим обуславливается необходимость нормативного закрепления данной классификации. Если обратиться к опыту стран СНГ, то классификация ЧС в зависимости от масштаба может быть установлена

¹ Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

законом (Украина) [10], постановлением Правительства (Россия, Кыргызстан), ведомственным нормативным актом – постановлением МЧС (Беларусь) [8].

21 мая 2007 г. Правительством РФ было принято постановление №304 «О классификации ЧС природного и техногенного характера» [7], которым было отменено ранее действовавшее одноименное постановление Правительства РФ от 13 сентября 1996 г. №1094 [6]. Чем же отличается действующее постановление от постановления 1996 г., какие изменения претерпела классификация ЧС?

Прежде всего, обращает на себя внимание, что в Постановлении 2007 г. приведено лишь одно основание классификации ЧС – ее масштаб, поэтому название постановления выглядит необоснованно широким. Логичнее было бы назвать его «О классификации ЧС по масштабу» либо внести в него еще и иные критерии классификации.

Действующим постановлением была изменена номенклатура видов ЧС, очевидно, в целях приведения ее в соответствие с названиями уровней РСЧС согласно постановлению Правительства РФ «О Единой государственной системе предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций» от 30 декабря 2003 г. [5]. Теперь выделяются ЧС локального, муниципального, межмуниципального, регионального, межрегионального и федерального характера. Напомним, что постановлением Правительства РФ «О классификации ЧС природного и техногенного характера» от 13 сентября 1996 г. ЧС подразделялись на локальные, местные, территориальные (охватывавшие 1 субъект РФ), региональные (охватывавшие 2 субъекта РФ), федеральные (охватывавшие более 2 субъектов РФ) и трансграничные.

Достойным внимания представляется выделение ЧС межмуниципального и межрегионального характера, что привело классификацию ЧС в соответствие с ФЗ «О защите населения и территории от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» [5. Ст. 3648], в котором данные виды ЧС появились в связи с изменениями, внесенными Федеральным законом от 22 августа 2004 г. №122-ФЗ. Согласно ст. 24

ФЗ «О защите населения и территории от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» финансирование мер по предупреждению и ликвидации последствий ЧС межмуниципального характера (наряду с ЧС регионального характера) является расходным обязательством субъектов РФ. По обоснованному мнению практических сотрудников, если бы ЧС межмуниципального характера признавались бы, как ранее, местными, это вызвало бы чрезмерную нагрузку на бюджеты муниципальных образований [2. С. 19].

Действующее постановление не предусматривает выделение трансграничных ЧС, что вызывает у нас недоумение. Хотя регламентация защиты от них выходит за рамки национального законодательства, сами трансграничные ЧС от этого не исчезают и продолжают существовать как вид ЧС (например, получившая широкий резонанс в СМИ ЧС, вызванная сбросом в Амур 100 т. бензола с территории Китая в ноябре 2005 г.). Кроме того, если последовательно приводить действующую классификацию ЧС в соответствие с наименованиями уровней РСЧС, ЧС локального характера следовало бы именовать «ЧС объектового характера», тем более что такое наименование уже употреблялось ранее в нормативных актах². Остается лишь гадать, чем вызвано подобное решение. Что это: простое упущение законодателя или нежелание отказываться от привычного термина?

К достоинствам действующего постановления относится то, что в нем даны определения используемых терминов – «зона ЧС», «пострадавший», «размер материального ущерба». Хотя формулировка определений может быть предметом дискуссии,

² Постановление Правительства РФ «О создании Российской системы предупреждения и действий в чрезвычайных ситуациях» от 18 апреля 1992 г. №61 [Электронный ресурс]. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Приказ Роскомрыболовства «О ведомственной подсистеме предупреждения и действий в чрезвычайных ситуациях Комитета Российской Федерации по рыболовству» от 2 августа 1993 г. №161 [Электронный ресурс]. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

сам факт их нормативного закрепления представляется однозначно прогрессивным.

В связи со стабилизацией российской экономики и существенным замедлением, по сравнению с 90-ми гг., темпов инфляции изменен подход к исчислению материального ущерба: сейчас он выражается не в минимальных размерах оплаты труда, а в фиксированной денежной сумме (это прослеживается и во многих других нормативно-правовых актах).

В отличие от ранее действовавшего, постановление 2007 г. посвящено только классификации ЧС, из него исключены указания на то, какими силами и средствами производится ликвидация ЧС того или иного уровня, что устраняет дублирование данным документом положений постановления Правительства РФ «О единой государственной системе предупреждений и ликвидации чрезвычайных ситуаций» 2003 г. [5] и не перегружает постановление 2007 г.

Согласно действующему постановлению классификация ЧС производится в зависимости от количества пострадавших, материального ущерба, территории ЧС. При этом исключен такой классификационный критерий ЧС, как «количество людей, у которых нарушены условия жизнедеятельности». Скорее всего, это было сделано в силу того, что нарушение условий жизнедеятельности – понятие весьма широкое и его оценка зачастую представляет значительную сложность. Тем не менее нарушение условий жизнедеятельности, согласно Федеральному закону «О защите населения и территории от ЧС природного и техногенного характера» и по мнению большинства авторов – один из основных критериев, отличающий ЧС от иных происшествий и во многом (если не в основном) определяющий степень социальной негативности ЧС.

Для подтверждения того, что данный критерий важен, рассмотрим ЧС, возникшую в поселке Юго-Камский Пермской области в апреле 2002 г., когда в результате разлива более 150 м³ дизельного топлива из магистрального нефтепродуктопровода был загрязнен поселковый пруд. Хотя количество людей, получивших вред здоровью, и прямой материальный ущерб были относительно невелики, данная ЧС повлекла весь-

ма тяжкие последствия именно в силу значительного нарушения жизнедеятельности населения. Ввиду загрязнения пруда, являвшегося единственным источником водоснабжения поселка, прекратил работу водозабор, воду для населения пришлось доставлять из-за пределов поселка. Это вызвало заметный отток населения, что резко нарушило экономику поселка, и в конечном итоге поселение оказалось в состоянии глубокого кризиса. Можно привести немало примеров ЧС, тяжесть последствий которых была обусловлена не столько человеческими жертвами и прямым материальным ущербом, сколько нарушением жизнедеятельности населения целых регионов (например, авария на Чернобыльской АЭС).

Мы считаем, что классификационный критерий нарушения условий жизнедеятельности нужно сохранить, установив показатели, по которым бы оценивались его наличие и степень. На практике нарушение условий жизнедеятельности населения проявляется в виде необходимости эвакуации населения, нарушения электро-, водо-, теплоснабжения, обеспечения продовольствием, иными товарами первой необходимости, невозможности передвижения или значительного его затруднения в связи с разрушением (повреждением) путей сообщения, авариями на транспорте и т.д. Степень нарушения условий жизнедеятельности, как нам представляется, можно определить наиболее простым способом – умножением количества лиц, условия жизнедеятельности которых нарушены, на длительность нарушения. Более же точное определение показателей нарушения условий жизнедеятельности, в их конкретном количественном выражении, должно производиться в каждом случае путем расчета по специально разработанным методикам на основании анализа происшествий и их последствий.

В постановлении 2007 г. для каждого уровня ЧС законодатель определил «верхнюю границу» последствий (количество пострадавших, размер материального ущерба). Одновременно этот предел служит «нижней границей» для ЧС более высокого уровня. Однако мы видим, что ЧС локального характера «нижней границы» последствий не имеет. Если буквально толковать постанов-

ление, то получается, что для квалификации происшествия как ЧС локального характера достаточно любого, самого незначительного материального ущерба! Но это не только абсурдно с точки зрения здравого смысла, но и противоречит закону. Федеральный закон «О защите населения и территории от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» определяет ЧС как «обстановку на определенной территории, сложившуюся в результате аварии, опасного природного явления..., которые повлекли или могут повлечь...**значительный** материальный ущерб...» [9. Ст. 1]. Где же нижний предел «значительности» для ЧС локального характера? К сожалению, постановление ответа на данный вопрос не дает, что, по нашему мнению, является одним из недостатков действующей отечественной классификации ЧС.

В качестве одного из образцов классификации ЧС можно рассмотреть постановление МЧС Республики Беларусь «О классификации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» от 19 февраля 2003 г. №17 [81]. Утвержденная данным постановлением инструкция снабжена приложением 1 «Классификационные карточки ЧС», где перечислены конкретные виды ЧС (более 220), для каждой из которых сформулированы пороговые значения классификационных признаков, позволяющие отнести ЧС к одному из уровней – локальному, местному, региональному или республиканскому (государственному). Классификационные признаки ЧС разнообразны: количество пострадавших, объем выброса опасных веществ, кратность превышения их ПДК в окружающей среде, количество задействованных для ликвидации ЧС подразделений аварийно-спасательных служб, длительность нарушения функционирования систем инфраструктуры, сам факт происшествия (всего более 20 признаков) и т.п.

Приложение 2 к инструкции регламентирует классификацию ЧС по критерию размера причиненных или ожидаемых экономических убытков. В отличие от российской классификации ЧС, где убытки исчисляются в рублях независимо от сферы народного хозяйства, затронутой послед-

ствиями ЧС, в классификации Республики Беларусь убытки выражаются в различных единицах (в сельском хозяйстве – в площади земель, выведенных из оборота, в проценте гибели сельскохозяйственных культур (животных); в промышленности, транспорте, ЖКХ – в проценте пострадавшего общего объема основных фондов и т.д.), а также в «базовых единицах» (валюте Республики Беларусь) в фиксированных значениях. Разумеется, подобный подход приводит к расширению нормативного акта, делая его громоздким и довольно неудобным в пользовании (объем постановления [8] с Инструкцией и приложениями к ней – 17 страниц) в отличие от действующего постановлением Правительства РФ [7] (объемом в 1 страницу). Однако нельзя не отметить некоторые несомненные достоинства Постановления МЧС Республики Беларусь. Во-первых, в данном акте выделяется трансграничный уровень ЧС. Во-вторых, решена проблема «нижней границы» последствий, необходимых для квалификации ситуации как ЧС. Для всех видов ЧС, в том числе и локальных, она четко указана в соответствующей графе приложения 1. В-третьих, среди классификационных признаков ЧС присутствует признак значительного нарушения условий нормальной жизнедеятельности людей. Значительность нарушения определяется количеством людей, условия жизнедеятельности которых нарушены, и временем ее нарушения (время нарушения движения транспорта, снабжения электроэнергией и т.д.).

Имеется еще ряд актов, содержащих классификацию ЧС [4, 10]³, но она сих пор так и не приведена в соответствие с новым постановлением, на что законодателю также следует обратить внимание.

Подводя итог изложенному, считаем возможным сформулировать некоторые предложения по совершенствованию классификации ЧС:

– в целях единообразия нормативно-правовых актов и терминологической точ-

³ Таковую классификацию содержит также Постановление Правительства от 30 декабря 2003 г. «О Единой государственной системе предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций» №794 // Российская газета. 2004. №7, 20 января.

ности заменить термин «ЧС локального характера» на «ЧС объектового характера»;

– определить в Постановлении Правительства РФ «О классификации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» минимальные критерии ЧС локального характера;

– сохранить классификационный критерий нарушения жизнедеятельности людей в результате ЧС, при этом установив ее показатели.

Библиографический список

1. *ГОСТ Р 22.0.02-94 «Безопасность в чрезвычайных ситуациях. Термины и определения»*. М.: ИПК Изд-во стандартов, 2002.
2. *Камзолкин В.* Новая классификация чрезвычайных ситуаций / В. Камзолкин // *Гражданская защита*. 2007. №11.
3. *Основы безопасности жизнедеятельности. Учебник.* / С.В. Белов, В.П. Сивков, А.В. Ильницкая и др. М., Высшая школа, 1999.
4. *Положение о комиссии государственной службы гражданской авиации Министерства транспорта РФ по чрезвычайным ситуациям.* Утверждено Распоряжением Министерства транспорта РФ от 1 октября 2003 г. №НА-291-р // *Безопасность полетов, сертификация и лицензирование*. 2003. №40.
5. *Постановление Правительства РФ от 13 сентября 1996 г. «О классификации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» №1096* // *Российская газета*. 1996. №182, 24 сентября.
6. *Постановление Правительства от 30 декабря 2003 г. «О Единой государственной системе предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций» №794* // *Российская газета*. 2004. №7, 20 января.
7. *Постановление Правительства РФ от 21 мая 2007 г. №304 «О классификации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера»* // *Российская газета*. 2007 г. №111, 26 мая.
8. *Постановление МЧС Республики Беларусь от 19 февраля 2003 г. «О классификации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера»* // *Собрание законодательства Беларуси*, 2003 г. 17 апреля.
9. *ФЗ «О защите населения и территории от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» от 11 ноября 1994 г. №68-ФЗ* // *СЗ РФ*. 1994. 26 декабря, №35.
10. *Закон Украины «Про захист населення і територій від надзвичайних ситуацій природного та техногенного характеру» 8 червня 2000 року №1809-III* // *Відомости Верховної Ради*. 2000. №40.

THE MODERN APPROACH TO THE DEFINITION OF DISASTERS' CLASSIFICATION CRITERIA

A.A. Ustinov

Perm State University, 614990, Bukireva st., 15

The article is devoted to the analysis of the modern approach to the classification of natural and technical emergencies, according to the Government Resolution on “The classification of natural and technical emergencies” of 21.05.2007. The author gives his proposals on the improvement of the current classification of emergencies taking into account the legal experience of Russia and CIS countries.

Keywords: Protecting of the population and the area Emergencies Classification

**ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАКТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ
ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ОРГАНОВ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ
В ПРОЦЕССЕ ИНТЕРПРЕТАЦИИ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПОЛОЖЕНИЙ**

К.М. Худолей

Кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры конституционного и финансового права Пермского государственного университета, 614990, Пермь, ул. Букирева, 15

Анализируются спорные положения теории и практики взаимодействия Конституционного суда РФ и конституционных (уставных) судов субъектов РФ в процессе интерпретации конституционных положений, а также предложения по изменению законодательства и судебной практики.

Ключевые слова: толкование конституционных положений, взаимодействие конституционных судов

В России созданы федеральный конституционный суд, а также конституционные и уставные суды в 16 субъектах Российской Федерации. Согласно ст. 27 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. (ред. от 05.04.2005) №1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» конституционные (уставные) суды осуществляют толкование конституций (уставов) субъектов РФ [37]. Согласно ст. 125 Конституции Российской Федерации, принятой на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г., Конституционный суд РФ осуществляет официальное толкование федеральной конституции [35]. Поскольку федеральная конституция и региональные конституции (уставы) находятся в определенном соотношении, постольку имеется известная взаимосвязь между толкованием конституционных положений этих актов. Следует признать, что взаимосвязь конституционных (уставных) судов с Конституционным судом РФ в процессе интерпретации конституционных положений достаточно сложная и неоднозначная.

С одной стороны, в соответствии со ст. 27 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» решение конституционного (уставного) суда субъекта РФ, принятое в пределах его полномочий, не может быть пересмотрено иным судом. Решение Конституционного суда РФ о толковании Конституции Российской Федерации также яв-

ляется окончательным и не подлежит обжалованию, в том числе и в конституционных (уставных) судах. Кроме того, органы конституционного правосудия в России не образуют централизованной системы. Как отмечает Н.А. Жилин, «если суды общей юрисдикции и арбитражные суды составляют две независимые органические системы, то Конституционный суд организационно обособлен как от всех иных судов, прямо предусмотренных Конституцией, так и от конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации» [5. С. 128-129]. С ним солидарна И.А. Умнова в том, что система органов конституционной юстиции построена на отказе от принципа централизма, в отличие от судов общей юрисдикции и арбитражных судов [39. С. 121]. Таким образом, согласно действующему законодательству Конституционный суд РФ не выступает ни апелляционной, ни кассационной инстанцией по отношению к органам конституционной юстиции субъектов РФ [13. С. 71-72].

С другой стороны, нельзя отрицать того, что возможно определенное взаимодействие между органами конституционного правосудия в России. Так, следует согласиться с Ж.И. Овсепян, что федерализм отрицает унитарную судебную систему, но он отрицает и абсолютную децентрализацию в организации судебной системы, возможность для ее конфедеративного устройства. По ее мнению, децентрализация органов конституционной юстиции может быть

только относительной и должна предполагать определенную соподчиненность Конституционного суда РФ и конституционных (уставных) судов субъектов РФ [22. С. 108]. В связях между этими органами на данный момент исключается административная субординация, иерархичность, но вполне возможны правовая взаимозависимость, сотрудничество и взаимопомощь [1]. Также несомненно, что отношения между Конституционным судом РФ и конституционными (уставными) судами строятся на общих правовых принципах и процедуре профессиональной деятельности [38. С. 24-26].

Данную позицию существенно дополняет Т.Г. Морщакова, которая считает, что конституционные (уставные) суды дают оценки, руководствуясь Основным законом субъекта РФ, но только в той части, которая соответствует федеральной конституции [18. С. 71-78]. Таким образом, конституционные (уставные) суды субъектов РФ составляют вместе с федеральным Конституционным судом не иерархическую систему, а систему институтов, объединенных общим конституционным пространством и едиными конституционными ценностями. Каждый из судов руководствуется масштабно разными конституционными критериями, соответственно решения Конституционного суда РФ обладают большей юридической силой и выводы конституционных (уставных) судов должны быть согласованы с ними [31. С. 72-73]. Используя правовые позиции Конституционного суда РФ в процессе своей деятельности, конституционные (уставные) суды приобретают дополнительный источник для аргументации.

Взаимодействие органов конституционного правосудия осуществляется также в силу единства их деятельности, что обусловлено рядом причин.

Во-первых, единство деятельности конституционных судов обеспечивается разграничением их компетенции, связанностью правовых позиций на базе верховенства федерального права над правом субъекта РФ [15. С. 111-114; 17. С. 22-23].

Во-вторых, единство деятельности конституционных судов обеспечивается посредством различных консультативных органов, например Консультативного совета Председателей органов конституционного контроля в Российской Федерации [29].

В-третьих, единство деятельности Конституционного суда РФ и конституционных (уставных) судов также обеспечивается тем, что эти органы функционируют в рамках единого правового пространства, в котором правовые акты субъекта федерации и федерального центра находятся в логической и иерархической взаимосвязи и осуществляют конституционное правосудие в целях обеспечения единого российского конституционализма [11. С. 124].

Единство судебной системы Российской Федерации выступает в качестве правовой основы для взаимоотношений конституционных (уставных) судов. Принимая решения, конституционные (уставные) суды обязаны соблюдать Конституцию РФ, федеральные конституционные законы, федеральные законы, общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры Российской Федерации и правовые положения, имеющие наибольшую юридическую силу (ст. 3, ч. 3 ст. 5 ФКЗ «О судебной системе в Российской Федерации»). В силу ч. 1 ст. 6 этого же ФКЗ решения Конституционного суда РФ обязательны для всех органов государственной власти на территории России, в т.ч. и для конституционных (уставных) судов.

Помимо сказанного, в ряде субъектов РФ закреплено, что конституционные (уставные) суды выносят решения, руководствуясь смыслом нормы, даваемым официальным толкованием. М.А. Митюков считает, что в силу этого любые правовые позиции Конституционного суда РФ обязательны для органов региональной конституционной юстиции [3. С. 72]. С ним полностью согласиться нельзя: официальное толкование Конституционного суда РФ касается только Конституции РФ, а не Основных законов субъектов РФ. Даже при рассмотрении вопросов, которые относятся к сфере совместного ведения, конституционные (уставные) суды осуществляют толкование норм конституций (уставов) субъектов РФ, а не норм Конституции РФ¹. Но вместе с

¹ Например, возможно толкование норм федеральной конституции конституционными (уставными) судами в части регулирования прав и свобод, поскольку положения региональных Основных Законов, как правило, воспроизводят положения Конституции РФ. Например, Конституционный суд Республики Саха (Якутия) осуществил толкование положений Кон-

тем следует согласиться с М.А. Митюковым в той части, что федеративное устройство основано на взаимозависимости федеральных правовых актов и актов субъектов РФ по вопросам совместного ведения РФ и субъектов РФ, поэтому и правовые позиции Конституционного суда РФ по этим вопросам имеют предопределяющее значение для конституционных (уставных) судов [3. С. 77].

В юридической науке в связи с поднятой проблемой дискутируется вопрос о самоограничении конституционных судов при разрешении вопросов, которые относятся к сфере совместного ведения федерации и регионов. Так, на всероссийской конференции, состоявшейся в 1998 г. в Москве, была высказана точка зрения, что «...конституции (уставы) стоят в одном ряду с федеральной конституцией. В сфере совместного ведения отношения Конституционного Суда РФ с региональными конституционными судами должны строиться на принципах самоограничения: в первую очередь, споры по этим вопросам должны разрешаться на региональном уровне...» [15. С. 112]. Однако, согласно Конституции РФ (ст. 76), хотя субъекты РФ и имеют право на правовое регулирование вопросов совместного ведения Российской Федерации и субъектов РФ, «опережающее» федерального законодателя, но федеральное законодательство по этим вопросам имеет приоритет перед региональным. На наш взгляд, следует согласиться с иной точкой зрения, высказанной на той же конференции, что конституционные (уставные) суды должны опираться на правовые позиции Конституционного суда РФ и генерализировать их [15. С. 113]. Заслуживает одобрения также предложение наделить Конституционный суд РФ правом в законодательном порядке распространять свои правовые позиции по вопросам совместного ведения РФ и субъектов РФ на деятельность конституционных (уставных) судов как прецеденты [15. С. 112].

В научной литературе встречается также предложение в случае рассмотрения

ституции Республики Саха (Якутия) о праве граждан на получение высшего образования [23].

конституционными (уставными) судами вопросов, относящихся к сфере совместного ведения РФ и субъектов РФ, производить одновременное толкование федеральной и региональной конституции [3. С. 74]². На наш взгляд, это недопустимо, мы соглашались с мнением В.А.Кряжкова, что подобная ситуация привела бы к разрушению единства толкования и применения федеральной конституции и поставила под угрозу необходимость существования Конституционного суда РФ [15. С. 74]. Реализация таких предложений нарушила бы единство системы конституционного контроля в России.

Как ранее утверждалось, решения конституционных (уставных) судов субъектов РФ не могут быть пересмотрены федеральным конституционным судом. Однако акты Конституционного суда РФ могут фактически повлечь утраты силы решений региональных органов конституционной (уставной) юстиции. Подобная ситуация может сложиться при рассмотрении вопросов, которые отнесены к сфере совместного ведения Российской Федерации и субъектов РФ, поскольку конституционный контроль по этим вопросам осуществляется Конституционным судом РФ и конституционными (уставными) судами. Соответствующие положения нашли свое выражение в законодательстве. Так, согласно ч. 3 ст. 4 Конституционного закона Республики Саха (Якутия) от 15 июня 2002 г. (ред. от 15.06.2005) №16-3 №363-П «О Конституционном Суде Республики Саха (Якутия) и конституционном производстве» конституционный контроль по вопросам совместного ведения Российской Федерации и Республики Саха (Якутия) осуществляется Конституционным судом Республики Саха (Якутия) и Конституционным судом РФ [40].

Кроме того, решение Конституционного суда РФ о проверке конституции

² Аналогичный порядок применяется в Германии. Так, согласно ч. 3 ст. 100 Основного Закона ФРГ, если при толковании Основного Закона ФРГ конституционный суд земли намеревается отступить от решения федерального Конституционного суда или конституционного суда другой земли, этот конституционный суд должен получить решение федерального Конституционного суда [12. С. 185].

(устава) субъекта РФ на предмет соответствия Конституции РФ может фактически повлечь утрату юридической силы итогового решения конституционного (уставного) суда о толковании Основного Закона субъекта РФ. Осуществляя проверку конституционности Основного Закона субъекта РФ, Конституционный суд РФ будет определять смысл проверяемых положений с учетом решения конституционного (уставного) суда о толковании конституции (устава) субъекта РФ. Это обусловлено тем, что, принимая решение, Конституционный суд РФ оценивает не только буквальный смысл проверяемого акта, но и смысл, придаваемый ему официальным толкованием [19]³. Признание противоречащим Конституции РФ конституции (устава) субъекта РФ влечет утрату юридической силы акта толкования Основного закона субъекта РФ, как «производного» акта по отношению к толкуемому акту.

Определенное взаимодействие конституционных судов может также возникнуть в силу п. 7. ч. 1 ст. 3 ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации». Согласно указанной норме федеральный конституционный суд может пользоваться правами, предоставляемыми ему заключенными в соответствии со ст. 11 Конституции РФ договорами о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов РФ, если эти права не противоречат его юридической природе и предназначению в качестве судебного органа конституционного контроля. Исходя из этих положений, Конституционный суд РФ может при заключении договора с законодательным (представительным) органом субъекта РФ выступать в качестве конституционного (уставного) суда, рассматривать дела и выносить решения⁴.

³ Таким образом, федеральный конституционный суд, рассматривая дела о проверке соответствия положений региональных конституций (уставов) положениям Конституции РФ, может фактически толковать Основные Законы субъектов РФ, поскольку невозможно осуществлять конституционный контроль, не интерпретируя проверяемый акт.

⁴ Российский законодатель, скорее всего, «позаимствовал» данную норму из законодательства ФРГ. Напомним, согласно ст. 99 Основного Закона ФРГ законом земли на федеральный Конституционный

Однако на законодательном уровне проблема взаимодействия органов конституционной юстиции до сих пор не урегулирована. На практике существует несколько форм взаимозависимости решений конституционных (уставных) судов и решений Конституционного суда РФ. Основной формой взаимодействия конституционных судов является использование органами конституционного контроля субъектов РФ правовых позиций Конституционного суда РФ. При этом между актами Конституционного суда РФ и конституционными (уставными) судами соответствие бывает явное (правовая позиция воспроизведена в мотивировочной или только резолютивной части) и неявное, когда на данную правовую позицию указывает смысл акта толкования. Кроме того, между актами толкования конституционных положений существует несоответствие (явное или неявное).

Примером явного соответствия правовых позиций органов конституционного правосудия является постановление Уставного суда Калининградской области от 24 декабря 2003 г. №1-П «По делу о толковании подпункта «б» пункта 2 статьи 20 Устава (Основного Закона) Калининградской области» [9]. Уставный суд Калининградской области в этом решении указал, что согласно правовой позиции Конституционного суда РФ принцип разделения властей предполагает распределение полномочий между органами государственной власти с целью их взаимного уравнивания и недопущения подчинения друг другу. Но данный принцип не допускает сосредоточения функций различных ветвей власти в одном государственном органе [26]. На основе данного разъяснения Уставный суд Калининградской области указал, что областная Дума имеет исключительные полномочия утверждать путем принятия закона программы социально-экономического развития Калининградской области. Но это не лишает возможности губернатора и адми-

суд может быть возложено разрешение конституционных споров в пределах земли [12. С. 185]. В настоящее время федеральный Конституционный суд разрешает такие споры в отношении земли Шлезвиг-Гольштейн, в которой не создан свой конституционный суд [14. С. 123-124].

нистрацию Калининградской области в пределах своих полномочий и по установленной процедуре принимать концепции, стратегии и иные документы программного характера в сфере социально-экономической политики, отличные от программ социально-экономического развития, которые не предусматривают финансирование за счет средств регионального бюджета.

Представляет интерес постановление Конституционного суда Республики Башкортостан от 26 ноября 1998 г. №8-П «По делу о толковании отдельных положений статьи 132 и 135 Конституции Республики Башкортостан» [6]. Это решение относится к категории таких, в которых воспроизведена правовая позиция Конституционного суда РФ, но без соответствующей ссылки (неявное соответствие актов толкования).

Суть данного решения такова. В правоприменительной практике имел место случай признания Верховным судом Республики Башкортостан неконституционным республиканского нормативного правового акта, хотя согласно Конституции Республики Башкортостан проверка конституционности таких нормативных правовых актов относится к компетенции Конституционного суда Республики Башкортостан. Конституционный суд Республики Башкортостан решил, что Верховный суд Республики Башкортостан как высший орган судебной власти, осуществляемой в форме гражданского, административного и уголовного судопроизводства, а также в форме надзора за судебной деятельностью судов Республики Башкортостан, не вправе признавать неконституционными нормативные правовые акты, издаваемые государственными органами Республики Башкортостан, так как решение этих вопросов отнесено к компетенции Конституционного суда Республики Башкортостан. Суд общей юрисдикции, придя к выводу о несоответствии Конституции Республики Башкортостан закона Республики Башкортостан, не вправе применить его в конкретном деле и обязан обратиться в Конституционный суд Республики Башкортостан с запросом о проверке конституционности этого закона. Обязанность обратиться в Конституционный суд Республики Башкортостан с таким запросом существует

независимо от того, было ли разрешено дело, рассматриваемое судом, отказавшимся от применения неконституционного, по его мнению, закона на основе непосредственно действующих норм Конституции Республики Башкортостан.

Как видно, Конституционный суд Республики Башкортостан фактически воспроизвел правовую позицию Конституционного суда РФ, изложенную в постановлении от 16 июня 1998 г. №19-П «По делу о толковании отдельных положений статей 125, 126, 127 Конституции Российской Федерации» [36]. Однако при оценке указанного решения следует согласиться с М.А.Митюковым, что Конституционный суд Республики Башкортостан своим решением необоснованно вторгся в сферу федерального регулирования, так как вопросы судоустройства и процесса отнесены к исключительному ведению Российской Федерации (п. «о» ст. 71 Конституции РФ). При таких обстоятельствах запрос о толковании подобных положений Конституции Республики Башкортостан не подлежал принятию к рассмотрению Конституционным судом Республики Башкортостан [16. С. 6].

В ряде постановлений конституционные (уставные) суды попытались пойти против правовых позиций Конституционного суда РФ, указывая на них в своих решениях (прямое несоответствие актов толкования). В первую очередь, это касается решений по вопросу о суверенитете республик в составе Российской Федерации. Правовая позиция Конституционного суда РФ по данному вопросу заключается в том, что использование в ст. 5 Конституции РФ, термина «республика (государство)» не означает признание государственного суверенитета у республик в составе Российской Федерации, а отражает определенные особенности их конституционно-правового статуса, связанные с факторами исторического, национального и иного характера. Конституция РФ не допускает какого-либо иного носителя суверенитета и источника власти, помимо многонационального народа России, и, следовательно, не предполагает какого-либо иного государственного суверенитета, помимо суверенитета России. Следовательно, и термин «государство» в

этой статье Конституции РФ используется не в общеупотребительном смысле [28; 23].

В то же самое время Конституционный суд Республики Татарстан в постановлении от 7 февраля 2003 г. №80-П «По делу о толкования части первой статьи 1 Конституции Республики Татарстан» установил, что положения о суверенитете Республики Татарстан отражают неотъемлемое качественное состояние Республики, которое закрепляет принадлежащую ей самостоятельность [32]. Эта самостоятельность выражается в обладании Республикой Татарстан всей полнотой государственной власти (законодательной, исполнительной и судебной) вне пределов ведения Российской Федерации и полномочий Российской Федерации по предметам совместного ведения России и субъектов РФ. Суверенитет республики означает самостоятельное осуществление Республикой Татарстан всей совокупности принадлежащих ей исключительных полномочий по предметам ведения Республики Татарстан и полномочий по предметам совместного ведения РФ и Республики Татарстан. Суверенитет республики обеспечивается деятельностью органов законодательной, исполнительной и судебной власти Республики Татарстан в пределах их компетенции, установленной Конституцией Республики Татарстан, в силу чего обладаемая Республикой Татарстан вся полнота государственной власти не может быть уменьшена или ограничена путем изъятия или перераспределения принадлежащих Республике Татарстан ее исключительных полномочий по предметам ведения Республики Татарстан и полномочий Республики Татарстан по предметам совместного ведения Российской Федерации и Республики Татарстан каким-либо иным способом, кроме как изменением конституционно-правового статуса Республики Татарстан и в порядке, установленном Конституцией Республики Татарстан и Конституцией РФ.

Конституционный суд Республики Башкортостан в постановлении от 4 октября 2000 г. №14-П «По делу о толковании отдельных положений статей 1, 3, 69 Конституции Республики Башкортостан» сформулировал аналогичную правовую позицию [7]. Суд указал, что суверенитет Республики

Башкортостан следует понимать как обладание Республикой Башкортостан всей полнотой государственной власти вне пределов ведения Российской Федерации и полномочий Российской Федерации по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов РФ. Конституционный суд Республики Башкортостан указал, что содержание категории «государство» включает в себя определенный способ организации общества, основной элемент организации публичной политической власти, совокупность официальных органов власти (правительство, парламент, суды и т.д.), действующих в масштабах страны или субъекта федерации; государство – основной участник международных отношений. Всем вышеназванным признакам республика в составе Российской Федерации отвечает, представляя собой и определенный способ организации политической власти, и систему органов власти, наделенных легитимными полномочиями; республика может принимать участие в международных отношениях, хотя и в ограниченных пределах. Свое решение Конституционный Суд Республики Башкортостан подтвердил в постановлении от 28 декабря 2001 г. №17-П «По делу о толковании отдельных положений Конституции Республики Башкортостан в связи с запросом Государственного Собрания Республики Башкортостан» [8]. В этом постановлении суд указал, что положения Конституции республики о том, что «народ республики является источником государственной власти республики» следует понимать как организацию публичной власти на территории Республики Башкортостан, при которой органы государственной власти наделяются правом на осуществление полномочий, принадлежащих Республике Башкортостан как субъекту РФ, и на определенный законом срок легислатуры только путем народного волеизъявления.

Попытка пересмотра правовой позиции Конституционного суда РФ была предпринята и Конституционным судом Республики Дагестан в постановлении от 3 октября 2000 г. «По делу о толковании ст. 1 (ч. 1 и 3), 4 (ч. 1 и 3), 14, 17 и других статей Конституции Республики Дагестан» [4]. Напомним, что в данном постановлении Консти-

туционный Суд Республики Дагестан осуществил толкование конституционного положения о том, что Республика Дагестан обладает «всей полнотой государственной власти республики как субъект Российской Федерации».

Таким образом, конституционными судами республик в составе Российской Федерации были нарушены все аргументы, выдвинутые Конституционным судом РФ (носителем суверенитета может выступать только народ Российской Федерации, а не республик в ее составе, республики суверенитетом не обладают, термин «государство» в Конституции используется не в общеупотребительно смысле). Данные суды указывали в постановлениях, что их решение никак не «затрагивает» правовые позиции Конституционного суда РФ, хотя на самом деле все обстояло как раз наоборот. Вследствие принятия данных актов толкования, которые являлись общеобязательными, возникла противоречивая ситуация. С одной стороны, органы государственной власти республик были обязаны исполнять решение Конституционного суда РФ и отменить положения конституций. С другой стороны, органы государственной власти республик не должны были исполнить решение Конституционного суда РФ, основываясь на решениях конституционных судов республик [3. С. 84]. Действия органов государственной власти республик можно было квалифицировать как попытку уйти от выполнения решения Конституционного суда РФ [2].

Такое положение дел неоднократно отмечал федеральный конституционный суд. Например, секретариат Конституционного суда РФ в письме лидерам Татарского общественного центра Республики Башкирия и общественного объединения «Русь» подтвердил обоснованность их сомнений в согласованности положений решений органов конституционного правосудия по вопросу о суверенитете республики, но отметил стремление Конституционного суда Республики Башкортостан придать толкуемым положения Конституции Республики Башкортостан смысл, соответствующий Конституции РФ. Действительно, конституционные суды Башкортостана и Дагестана попытались привести в соответствие с Кон-

ституцией РФ положения конституций регионов, «модифицировав» их смысл в духе решений Конституционного суда РФ. Но впоследствии положения конституций этих республик все же были приведены в соответствие с федеральной конституцией и, следовательно, соответствующие решения конституционных судов республик фактически утратили свою силу. Лишь Республика Татарстан не стала приводить в соответствие с Конституцией РФ свою Конституцию в части регулирования вопроса о суверенитете республики. Но в дальнейшем Верховный суд Республики Татарстан подтвердил несоответствие положений Конституции этой республики нормам федеральной конституции – в результате они фактически утратили силу [14].

Нарушение правовых позиций Конституционного суда РФ можно обнаружить и в других решениях конституционных судов субъектов РФ. Например, Конституционный суд Республики Татарстан указал, что определение графической основы алфавита татарского языка как государственного языка, установленного Республикой Татарстан, в том числе восстановление алфавита татарского языка на основе латинской графики, относится к ведению Республики Татарстан и может быть изменено или ограничено только по взаимному согласию Российской Федерации и Республики Татарстан и в соответствии с федеральным конституционным законом [34]. Однако Конституционный суд РФ выразил иную позицию [29]. Суд разъяснил, что регулирование прав и свобод человека и гражданина, а значит прав в языковой сфере, и установление основ федеральной политики в области культурного и национального развития Российской Федерации, составной частью которой является государственная языковая политика, относится к ведению России, а защита прав и свобод человека и гражданина и общие вопросы образования, культуры и языка как их компонента – к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов. Статус государственных языков республик в составе Российской Федерации, затрагивающий статус государственного языка Российской Федерации, права и свободы ее граждан в сфере образования и культуры, не

может быть предметом исключительного ведения субъектов РФ.

Установление той или иной графической основы алфавита государственного языка (кириллицы, латиницы или другой), как свидетельствует исторический опыт, обуславливается не только и не столько особенностями фонетики языка, сколько происходящими в обществе переменами социально-культурного и национально-исторического характера, а также интересами государства на разных этапах его развития, в том числе в сфере международных отношений. Соответственно, смена графической основы алфавита государственного языка должна осуществляться с учетом исторических и политических факторов, национальных и культурных традиций, что, в конечном счете, требует проявления суверенной воли государства. Но, как ранее высказался сам Конституционный суд РФ, республики в составе Российской Федерации суверенитетом, даже ограниченным, не обладают.

Можно найти и другие случаи коллизий актов толкования. Например, согласно правовой позиции федерального конституционного суда до урегулирования вопроса о правовом статусе государственного языка (языков) Республики Башкортостан в надлежащем порядке правоприменительные органы должны обеспечивать в ходе избирательного процесса реализацию избирательных прав граждан вне зависимости от требований к знанию языка [25]. Однако Конституционный суд Республики Башкортостан в вышеуказанном постановлении от 28 декабря 2001 г. указал, в свою очередь, что квалификационное требование по владению государственными языками Республики Башкортостан является условием для замещения государственной должности категории «А» – должности Президента Республики Башкортостан – и элементом специального статуса высшего должностного лица Республики Башкортостан.

Похожую правовую позицию изложил и Конституционный суд Республики Татарстан. Так, в постановлении от 30 мая 2003 г. №9-П «По делу о толковании отдельных положений статей 5, 9, 21 Конституции Республики Татарстан» он указал, что усло-

вие знания государственного языка этой республики означает условие приобретения и реализации пассивного избирательного права граждан при выборах Президента Республики Татарстан [33]. Эти условия учитывают обязательность свободного и равноправного использования государственных языков Республики Татарстан при подготовке и проведении выборов Президента Республики Татарстан, в деятельности всех органов государственной власти Республики Татарстан, в том числе в деятельности Президента Республики Татарстан как главы государства, высшего должностного лица Республики Татарстан. Кроме того, эти условия представляет собой конституционную гарантию осуществления в полном объеме активного избирательного права гражданами при выборах Президента Республики Татарстан путем их свободного волеизъявления, основанного в том числе на информации о кандидате в Президенты Республики Татарстан и предлагаемой им программе, которую граждане вправе получать на их родных языках или языках общения, имеющих статус государственных языков Республики Татарстан.

Как нетрудно заметить, в практике деятельности конституционных судов в России достаточно часто в прошлом имелись случаи явного и скрытого нарушения правовых позиций федерального конституционного суда, которые нанесли существенный урон российскому конституционализму. Поэтому ряд ученых считает возможным наделить Конституционный суд РФ правом пересматривать решения конституционных (уставных) судов субъектов РФ [10. С. 8]. Другими словами, предлагается лишить решения конституционных (уставных) судов свойства окончательности. На наш взгляд, возможность пересмотра решений органов конституционного (уставного) правосудия Конституционным Судом РФ противоречит ст. 73 Конституции РФ, согласно которой конституционное судопроизводство в конституционных (уставных) судах отнесено к сфере исключительного ведения субъектов РФ. Поэтому, на наш взгляд, решения органов конституционной (уставной) юстиции о толковании Основных

Законов субъектов РФ Конституционный суд РФ пересматривать не вправе.

В силу этого нет необходимости видеть в конституционных (уставных) судах субъектов РФ суды первой инстанции, а федеральный Конституционный суд – суд второй инстанции [31. С. 66-73]. Такой же позиции придерживается и М.А.Митюков, который отрицательно относится к идее двухинстанционности в системе конституционного правосудия, но считает возможным внести изменения в ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» и предусмотреть раздел «Взаимоотношения Конституционного Суда РФ с конституционными (уставными) судами субъектов РФ», в том числе закрепить норму о прекращении действия акта органа конституционного контроля субъекта РФ, если его решение противоречит правовой позиции Конституционного суда РФ [3. С. 74]. Данное предложение, на наш взгляд, требует существенной корректировки. Как нам представляется, для обеспечения конституционной законности в деятельности органов конституционного (уставного) правосудия в законодательстве каждого субъекта РФ следует закрепить правило, что толкование конституции (устава) субъекта РФ по вопросам исключительного ведения Российской Федерации или совместного ведения Российской Федерации и субъектов РФ должно согласовываться с правовыми позициями Конституционного Суда РФ. При этом конституционный (уставный) суд обязан пересматривать решения по данным вопросам, если правовые позиции Конституционного Суда РФ не были им соблюдены. Отметим, что соответствующие нормы уже предусмотрены законодательством некоторых субъектов РФ [20; 21].

Подводя итог, следует сказать, что Конституционный суд РФ и конституционные (уставные) суды являются элементами единой государственно-правовой действительности. Они функционируют в рамках единого правового пространства, где федеральное законодательство и законодательство субъектов РФ составляют одно целое, находящееся в логической и иерархической взаимозависимости. Эти органы служат идеям правового государства, защиты прав

и свобод человека, охраны конституционного строя, а российская конституционность и федерализм – результат их суммарной деятельности. Федеральный конституционный суд и региональные суды нужны друг другу, их единство придаст им большую устойчивость, а согласованные отношения между ними – предпосылка эффективного функционирования каждого из этих органов. Поэтому только согласованные правовые позиции органов конституционного правосудия в России способны обеспечивать конституционный контроль на всей ее территории, способствуют реализации положений Конституции РФ, конституций (уставов) субъектов РФ, норм международного права.

Библиографический список

1. *Баглай М.* Простых дел у судей не бывает / М. Баглай // Известия. 1997. 27 сентября.
2. *Барахова Л.* Башкирия желает остаться независимой / Л. Барахова // Коммерсант. 2000. 7 октября.
3. *Боброва В.К.* Конституционные (уставные) суды субъектов Российской Федерации / В.К. Боброва, М.А. Митюков. М., 2004. Ч. 2.
4. *Дайджест* оперативной информации «Акты конституционного правосудия субъектов Российской Федерации». 2000. №10.
5. *Жилин Н.А.* Место конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации в судебной системе страны / Н.А. Жилин // Вестник Уставного Суда Свердловской области. 2000. №1(2).
6. *Известия* Башкортостана. 1998. 6 октября.
7. *Известия* Башкортостана. 2000. 7 октября.
8. *Известия* Башкортостана. 2002. 17 января.
9. *Калининградская правда.* 2004. 16 января.
10. *Кокотов А.Н.* Законодательство о конституционном (уставном) правосудии в субъектах федерации: вопросы совершенствования / А.Н. Кокотов // Российский юридический журнал. 2001. №4.

11. *Комментарий к ФКЗ «О судебной системе в Российской Федерации»* / Отв. ред. Г.А. Гаджиев. М., 1998.
12. *Конституции зарубежных государств* / Отв. ред. В.В. Маклаков. М., 2002.
13. *Кряжков В.А.* Конституционное правосудие в субъектах Российской Федерации (правовые основы и практика) / В.А.Кряжков. М., 1999.
14. *Кряжков В.А.* Конституционные суды земель Германии / В.А. Кряжков // Государство и право. 1995. № 5.
15. *Кряжков В.А.* Проблемы компетенции конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации / В.А. Кряжков // Государство и право. 1998. №9.
16. *Митюков М.* Толкование региональных конституций и уставов / М. Митюков // Российская юстиция. 2000. №8.
17. *Морщакова Т.Г.* Разграничение компетенции между Конституционным Судом и другими судами Российской Федерации / Т.Г. Морщакова // ВКС РФ. 1996. №6.
18. *Морщакова Т.Г.* О разграничении компетенции между конституционными судами и судами общей юрисдикции и конституционными судами федерации и ее субъектов / Т.Г. Морщакова // Сборник материалов Международной научно-практической конференции конституционных судов России, Германии и Словении. Петрозаводск, 1998.
19. *О Конституционном Суде Российской Федерации: Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. (ред. от 05.02.2007) №1-ФКЗ* // СЗ РФ. 1994. №13. Ст. 1447.
20. *Об Уставном Суде Свердловской области: Закон Свердловской области от 6 мая 1997 г. (ред. от 14.06.2005) №29-ОЗ* // Областная газета. 1997. 13 мая.
21. *Об Уставном Суде Самарской области: Закон Самарской области от 1 декабря 2006 г. №145-ГД* // Волжская коммуна. 2006. 9 декабря.
22. *Овсеян Ж.И.* Становление конституционных и уставных судов в субъектах Российской Федерации (1990-2000 гг.) / Ж.И. Овсеян. М., 2001.
23. *По запросу* группы депутатов Государственной Думы о проверке соответствия Конституции Российской Федерации отдельных положений конституций Республики Адыгея, Республики Башкортостан, Республики Ингушетия, Республики Коми, Республики Северная Осетия-Алания и Республики Татарстан: Определение Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. №92-О // Российская газета. 2000. 25 июля.
24. *По делу* о толковании части 2 статьи 22 Конституции Республики Саха (Якутия): Постановление Конституционного Суда Республики Саха (Якутия) от 20 марта 2003 г. №2-П // Якутия. 2003. 1 апреля.
25. *По делу* о толковании положения части первой статьи 8 в ее взаимосвязи с частью первой статьи 4 Конституции Республики Татарстан: Постановление Конституционного суда Республики Татарстан от 24 декабря 2003 г. №13-П // Республика Татарстан. 2003. 26 декабря.
26. *По делу* о проверке конституционности части 4 статьи 28 Закона Республики Коми «О государственной службе Республики Коми»: Постановление Конституционного суда РФ от 29 мая 1998 г. №16-П // ВКС РФ. 1998. №5.
27. *По делу* о проверке конституционности отдельных положений части первой статьи 92 Конституции Республики Башкортостан, части первой статьи 3 Закона Республики Башкортостан «О Президенте Республики Башкортостан» (в редакции от 28 августа 1997 года) и статей 1 и 7 Закона Республики Башкортостан «О выборах Президента Республики Башкортостан»: Постановление Конституционного суда РФ от 27 апреля 1998 г. №12-П // ВКС РФ. 1998. № 4.
28. *По делу* о проверке конституционности Конституции Республики Алтай и федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»: Постановление Конституционного суда РФ от 7 июня 2000 г. №10-П // ВКС РФ. 2000. №5.
29. *По делу* о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 10 закона

- Республики Татарстан «О языках народов Республики Татарстан», части второй статьи 9 закона Республики Татарстан «О государственных языках Республики Татарстан и других языках в Республике Татарстан», пункта 2 статьи 6 закона Республики Татарстан «Об образовании» и пункта 6 статьи 3 закона РФ «О языках народов Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина С.И.Хапугина и запросами Государственного Совета Республики Татарстан и Верховного суда Республики Татарстан: Постановление Конституционного суда РФ от 16 ноября 2004 г. №16-П // *Российская газета*. 2004. 23 ноября.
30. *Положение* о Консультативном Совете председателей органов конституционного контроля в Российской Федерации от 20 апреля 1998 г. // ВКС РФ. 1998. №4.
31. *Проблемы* компетенции конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации. Научно-практическая конференция // ВКС РФ. 1998. №4.
32. *Республика Татарстан*. 2003. 14 февраля.
33. *Республика Татарстан*. 2003. 7 июня.
34. *Решение* Верховного суда Республики Татарстан 31.03.2004 №3П-1-23/2004 // [Документ официально не опубликован. Получен при помощи СПС «Консультант-плюс»].
35. *Российская газета*. 1993. 23 декабря.
36. *Российская газета*. 1998. 30 июня.
37. СЗ РФ. 1997. №1. Ст. 1.
38. *Селезнев Н.В.* Конституционный Суд и уголовное судопроизводство: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. / Н.В. Селезнев. М., 1999.
39. *Умнова И.А.* Конституционные основы современного российского федерализма / И.А. Умнова. М., 1998.
40. *Якутские ведомости*. 2002. 3 июля.

***THEORETICAL AND PRACTICAL PROBLEMS OF INTERACTION
OF BODIES OF THE CONSTITUTIONAL CONTROL IN THE COURSE
OF INTERPRETATION OF THE CONSTITUTIONAL POSITIONS***

K.M.KHudoley

Perm State University, 614990, Perm, Bukireva st., 15

Disputable positions of the theory and practice of interaction of the Constitutional Court of the Russian Federation and the constitutional (statutory) courts of subjects of the Russian Federation in the course of interpretation of the constitutional positions are analyzed. Offers on legislation and judiciary practice change are discussed.

Keywords: interpretation of the constitutional positions, interaction of the constitutional courts

II. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

УПРАВЛЕНИЕ МНОГОКВАРТИРНЫМИ ДОМАМИ

Л.И. Бусыгин

Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Пермского филиала Нижегородской академии МВД России, 614038, г. Пермь, ул. Веденеева, 100.

На основе Жилищного кодекса Российской Федерации, нормативных правовых актов органов местного самоуправления определяется значение и роль товариществ собственников жилья, как разновидности некоммерческих организаций, правовое положение их членов. Выявлены некоторые проблемные вопросы формирования и деятельности товариществ собственников жилья, тенденции дальнейшего развития этой формы самоуправления граждан в жилищной сфере России.

Ключевые слова: товарищества собственников жилья, государственная политика в жилищной сфере, некоммерческие организации

Более десяти лет назад был принят Федеральный закон РФ «О товариществах собственников жилья» №72-ФЗ от 15 июня 1996 г. Опыт, накопленный товариществами за этот период, уже дает нам возможность делать определенные выводы о ходе и тенденциях дальнейшего развития этой формы самоуправления граждан в жилищной сфере России. По данным Государственного комитета РФ по статистике, в Российской Федерации в общей сложности насчитывается более 9000 товариществ собственников жилья, из которых 770 приходится на наш краевой центр.

Первые товарищества собственников жилья появились в начале 1994 г. в Москве, Рязани и Ярославле. Правовой основой для них послужило «Временное положение о кондоминиуме» [1] – фактически первый федеральный законодательный акт, разрешивший создание товариществ домовладельцев в России. Затем, по мере того как информация о развитии кондоминиумов стала распространяться по другим городам, ее подхватили Нижний Новгород, Владимир, Красноярск, Волгоград, Санкт-Петербург, Новосибирск, Екатеринбург, Новгород и др. Волна создания товариществ собственников жилья прокатилась по Рос-

сии после вступления в силу ФЗ «О ТСЖ» в 1996 г., но потом процесс вновь замедлился.

Вступивший в силу с 1 марта 2005 г. Жилищный кодекс Российской Федерации готовился более 10 лет. По сравнению с ранее действовавшим законодательством правовое регулирование управления домом в форме товарищества собственников жилья в Жилищном кодексе претерпело заметные изменения. Когда был принят ФЗ «О товариществах собственников жилья» 1996 г., членство в ТСЖ рассматривалось как обязательное. Широкое толкование содержащихся в нем положений позволяло сделать вывод, что любой приобретатель квартиры в многоквартирном доме, где имелось ТСЖ, автоматически становился его членом вне зависимости от его желания. Постановлением Конституционного суда РФ от 3 апреля 1998 г. обязательность членства в ТСЖ без добровольного волеизъявления была признана не соответствующей Конституции РФ. Теперь не все собственники обязаны быть членами товарищества собственников жилья.

Согласно ст. 18 ФЗ №189 «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» орган местного самоуправления в соответствии с положениями ст. 161 ЖК РФ проводил до 1 мая 2008 г. открытый конкурс по выбору управляющей организации, если собственниками помещений в

многоквартирном доме до 1 января 2007 г. не выбран способ управления многоквартирным домом или принятое такими собственниками решение о выборе способа управления многоквартирным домом не было реализовано. Субъекты Российской Федерации были вправе установить сроки начала и окончания проведения указанных конкурсов для всех или отдельных муниципальных образований при условии их проведения не позднее 1 мая 2008 г.

Таким образом, государственная, муниципальная политика в жилищной сфере исходит из тех соображений, что забота о состоянии жилья – дело, прежде всего, самих граждан, больше всего заинтересованных в улучшении содержания домов и снижении расходов по их обслуживанию. При этом всех нас можно разделить на две почти равные группы.

Первую составляют люди, не приватизировавшие свои квартиры и живущие в муниципальных или ведомственных домах на условиях, как правило, социального найма. Их участие в процессе эксплуатации жилья ограничивается внесением ежемесячных платежей, на размеры которых они влиять не могут. В целом эта группа пассивно взирает на то, кто и с каким качеством обслуживает их дом.

Вторая группа – владельцы квартир, приватизированных или приобретенных в собственность иным путем. Они имеют реальные возможности определять, как и за какие деньги содержать их общее здание. Собственники жилья, заинтересованные в хорошем состоянии и качественной эксплуатации своего имущества, могут объединиться в товарищество, обеспечив не только эффективное управление хозяйством, но и получив выгоду от использования чердаков, подвалов и придомовых земельных участков.

В товарищество могут объединиться: собственники квартир (все или некоторая их часть), собственники нежилых помещений, организации – представители муниципалитетов, отвечающие за муниципальный жилищный фонд, т.е. за неприватизированные квартиры. Муниципалитет как собственник помещений в кондоминиуме вступает в товарищество и становится обладателем таких

же прав и обязанностей, как и остальные собственники. Интересы города в товариществе представляет уполномоченный сотрудник администрации или иной городской службы. Товарищество не зависит ни от местных властей, ни от муниципальных эксплуатационных организаций. Оно руководствуется только здравым смыслом и собственной выгодой.

Весьма сдержанный процесс формирования кондоминиумов и создания ТСЖ связан как с объективными факторами экономического характера, так и со сложившимся за десятилетия подходом коммунальных служб к управлению жилфондом. А также менталитетом населения.

Экономическая составляющая неуспеха хорошо известна и, по большому счету, связана с неудовлетворительным техническим состоянием жилых зданий, отсутствием системы накопления денег на их ремонт и ограниченностью бюджетных средств.

Значительные трудности при организации кондоминиума возникают из-за законодательной и нормативной неурегулированности множества вопросов. Так, 15 ноября 2006 г. в г. Омске прошел семинар-совещание депутатов Государственной Думы, членов комитетов по вопросам местного самоуправления и по промышленности, строительству и наукоемким технологиям, представителей законодательной и исполнительной власти Омской области и местного самоуправления на тему «О проблемах и перспективах реализации реформы жилищно-коммунального хозяйства и роли органов местного самоуправления в ее осуществлении», участники которого отметили, что, несмотря на некоторые позитивные тенденции в жилищно-коммунальной сфере¹, коренных изменений в отрасли все же не произошло. Это самая неразгосударственная отрасль экономики Российской Федерации, что в значительной мере обусловлено наличием ряда пробелов в законодательстве.

¹ Переход от административных методов управления к рыночным механизмам; внедрение в целях социальной защиты граждан механизма предоставления субсидий на оплату жилья и коммунальных услуг, который позволил поддержать малоимущие слои населения.

Необходимо ускорить работу по созданию товариществ собственников жилья, обеспечив конкуренцию обслуживающих их фирм. В г. Перми, например, до сих пор во многих районах не проведено межевание территорий до уровня домовладений, что, в свою очередь, затрудняет определение земельных участков кондоминиума. Нет четкого механизма передачи в управление товариществам объектов нежилого фонда, находящихся в городской собственности и входящих в состав кондоминиума. Отсутствуют нормативы предоставления помещений для работы с населением, размещения управленческого и обслуживающего персонала, складирования инструментов, материалов, инвентаря. Многие товарищества не могут получить информацию об арендаторах нежилых помещений и соответственно не имеют возможности вступить с ними в договорные отношения. Да и сам процесс регистрации кондоминиума – процедура достаточно продолжительная. В результате существующая в г. Перми практика деятельности ТСЖ показывает, что многие из них не реализуют предоставленное им право на управление кондоминиумом, а оставляют его в управлении Дирекции единого заказчика.

Серьезной проблемой является также отношение людей к своему дому. Инерционность мышления и моральная неготовность большинства жителей многоквартирных зданий самостоятельно управлять общей собственностью, их убежденность, что эта обязанность целиком лежит на государстве, – вот далеко не полный перечень субъективных факторов, мешающих внедрению новых форм управления в жилищной сфере. При отсутствии внешнего контроля и гражданских навыков у населения жилищная демократия легко превращается в мелкую коммунальную тиранию. Жители дома, инстинктивно ощущая такую опасность, с недоверием встречают любую инициативу по созданию товарищества.

В настоящее время в г. Перми существуют три проблемы, которые касаются способа управления домом. Во-первых, это капитальный ремонт жилых домов: ни одна компания не сможет понести затраты капитального характера. Вторая проблема – сти-

муляция создания ТСЖ. Кроме того, сегодня в городе остро стоит вопрос формы управления старыми домами. Тем самым жители ветхого жилья остаются ущемленными в своих правах, заявляют специалисты. Следующая проблема создания товариществ собственников жилья связана с тем, что нет подготовленных специалистов, способных справиться сегодня с такой работой.

В городе существует дефицит профессиональных менеджеров в этой отрасли, и ни одно высшее учебное заведение г. Перми не готовит таких специалистов. Острую нехватку грамотных управляющих испытывают и существующие объединения домовладельцев. Большинство председателей кооперативов – это люди, имеющие техническое образование. Но нередки ситуации, когда во главе товарищества стоит человек, не имеющий специальных знаний, опыта работы с коммунальными предприятиями, незнакомый с правилами ведения внутренней документации. Деятельность такого руководителя приводит к возникновению проблем, а ТСЖ, созданное для облегчения жизни жителей, превращается для них в обузу. Чтобы эффективно управлять жилым домом, мало житейского опыта. Нужно обладать знаниями менеджера, юриста, финансиста, а временами – даже социолога и психолога. Каждый год в рамках городской программы поддержки ТСЖ в городе проводятся обучающие курсы для председателей товариществ. Новое направление в деятельности муниципалитета – это подготовка квалифицированных менеджеров. Для них организуются трехмесячные курсы обучения профессиональных управляющих жилищным фондом. Стоимость обучения – 4000 руб. с человека за весь курс. Эксперимент проводится по договору с городским управлением ЖКХ. Частично обучение будет профинансировано из городского бюджета. Читать лекции и вести семинары будут специалисты МУ ЖКХ г. Перми, преподаватели пермских вузов и Московского института экономики города, поделятся опытом и частные предприниматели. По окончании курсов выдается диплом государственного стандарта. Появление грамотных менеджеров в сфере ЖКХ прежде всего

должно отразиться на качестве предоставляемых жилищно-коммунальных услуг.

Стоит отметить заинтересованность городских властей в развитии такой формы управления жилищным фондом, как товарищество собственников жилья. Так, в рамках городской целевой программы «Содействие созданию и деятельности товариществ собственников жилья в г. Перми на 2000–2004 годы» в 2000 г. была создана некоммерческая организация «Пермский фонд содействия ТСЖ» (далее – Фонд). В числе учредителей фонда – администрация г. Перми, общественные организации, коммерческие и муниципальные структуры. Фонд являлся головным исполнителем городской целевой программы «Содействие созданию и деятельности товариществ собственников жилья в городе Перми на 2000–2004 годы».

Основные направления деятельности Фонда:

- содействие созданию товариществ собственников жилья;
- повышение эффективности деятельности объединений собственников жилья;
- защита жилищных прав граждан.

Фонд проводит консультации с председателями и бухгалтерами ТСЖ и ЖСК, городские семинары по актуальным проблемам, выпускает специализированную литературу.

В рамках программы содействия ТСЖ были организованы и проведены обучающие курсы и 22 семинара для должностных лиц ТСЖ по вопросам их деятельности, подготовлены и изданы 4 информационно-методических сборника общим тиражом 2000 экземпляров, ведется текущее консультирование представителей ТСЖ, ЖСК, инициативных групп по вопросам создания и деятельности объединений собственников жилья.

При поддержке Фонда, с участием его специалистов в домах муниципального жилищного фонда г. Перми в 2003–2005 гг. создано 42 товарищества собственников жилья².

Самое главное в товариществах собственников жилья то, что жители много-

квартирного дома становятся его настоящими хозяевами. Со всем грузом ответственности за содержание, состояние своего общего дома. Человека несведущего эта ответственность может даже напугать. Опасения, что жильцы не смогут самостоятельно управлять столь сложным объектом, как многоквартирный дом, с его энерго- водо- и прочим снабжением, с его подвалами, чердаками, придомовой территорией, были у всех, кто пошел по этому пути. Но в дальнейшем, когда опыт хозяйствования уже приобретен, все сомнения отпадают – это именно то, что нужно. Жильцы самостоятельно выбирают и заключают договоры с ресурсоснабжающими организациями, решают, кому отдать подряд на ремонт кровли или содержание сетей, нанимают дворников, уборщиц, ведут учет воды, теплоносителей. За счет этого их затраты значительно уменьшаются. В результате такой дом обычно значительно отличается от своих собратьев. Он более комфортен. Окружающая территория прибрана, благоустроена. В подъездах чистота. Нигде ничего не протекает, не осыпается. Дом становится таким, каким он и должен быть. Однако попытаемся представить себе ситуацию, при которой создать ТСЖ захотят жители дома, построенного лет 30–40 назад и примерно столько же времени не видевшего никакого ремонта, кроме косметического. Кровля хронически протекает, в подвалах сыро, в подъезд зайти страшно, двор убирается только по субботникам. Конечно же, ни один здравомыслящий человек не захочет стать хозяином такого жилья. Даже если приватизировать квартиру, сделать там евроремонт, от грязного подъезда и опасности, что протекающая крыша уничтожит ваши подвесные потолки, не уберечься. Но и здесь имеется выход. Ежегодно бюджет города выделяет определенную сумму на капитальный ремонт муниципального жилого фонда. Составляется список домов, нуждающихся в ремонте, и на отпущенные средства таковой и производится. Но зачастую через 3–5 лет все результаты ремонта сходят на нет. А следующий ремонт ждать можно не один десяток лет. Если бы сразу же после ремонта дом перешел в ведение самих жильцов (то есть ТСЖ), то срок его службы увели-

² Официальный сайт Пермского фонда содействия ТСЖ: <http://www.csiconsulting.ru>.

чился бы. Плюс все те преимущества, о которых говорилось выше. И к тому же – дотации на содержание дома от муниципалитета.

Сегодня подобный механизм организации ТСЖ вполне реален. Администрации города Пермским фондом содействия ТСЖ было предложено вносить в список домов, требующих ремонта, и те дома, где жители выбрали новую форму владения. Была получена поддержка от администрации в этом вопросе. Так что сегодня все, кто проживает в старых домах, где организовано ТСЖ, получили шанс значительно улучшить условия жилья.

Однако чтобы организовать ТСЖ, одного только желания мало. Сначала необходимо ознакомиться с главами 13–14 раздела 6 ЖК РФ, где содержатся ответы на вопросы о создании и деятельности товарищества собственников жилья и о правовом положении его членов. Кроме этого, необходимо серьезно отнестись к поиску кандидатуры на должность управляющего. Здесь не подходит принцип общественной организации: нужен не активист, а человек, хорошо разбирающийся в экономических и правовых вопросах. Ведь именно ему от лица всех жителей нужно будет заключать договоры, подписывать документы. Также потребуется и опытный бухгалтер, не только способный вести финансовую документацию, но и

знающий, какие дотации, в каком объеме имеет право получить ТСЖ. Впрочем, по всем вопросам, касающимся организации товарищества собственников жилья, следует обратиться в Пермский фонд содействия ТСЖ, где могут предоставить все необходимые сведения по вопросам создания и деятельности товарищества собственников жилья. В связи с многочисленными обращениями представителей уже существующих ТСЖ появилась необходимость еще одной услуги Фонда – поиск добросовестных подрядчиков на различные виды ремонтных работ по дому. Организаций, занимающихся, например, ремонтом кровли, очень много, включая, недобросовестных. В настоящее время продолжается работа Пермского фонда содействия ТСЖ по созданию своей базы данных предприятий, выполняющих различные работы и (или) услуги.

Библиографический список

1. Указ Президента Российской Федерации от 23 декабря 1993 г. №2275 «Об утверждении временного положения о кондоминиуме» // Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации, 1993, №52, ст. 5079. (утратил силу 19.10.1996 г.)

MANAGING A BLOCK OF FLATS: LEGAL ASPECTS

L.I. Busygin

Perm Branch of the Nizhegorodskaya Academy of the Russian Federation Ministry of Domestic Affairs, 614038, Perm, Vedeneva street, 100

The significance and role of the copartnership of the housing owners and the legal status of its members are defined. The copartnership is viewed as a kind of a non-commercial organization based on the Housing Code of the Russian Federation and on the regulatory legal acts of the local authorities. Some of the problematic issues are revealed of the creation and activities of the housing owners copartnership, and the trends of the further development of this type of self-government of the citizens in the Russian Federation housing sphere.

Keywords: copartnership of the housing owners, the state policy in the housing sphere, non-commercial partnerships

ИСТОРИЯ СТАНОВЛЕНИЯ ЖИЛИЩНОЙ КООПЕРАЦИИ В РОССИИ**О.Р. Гимадрисламова**

Кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права Института права ГОУ ВПО «Башкирский государственный университет», 450007, г. Уфа, ул. Фрунзе, 32

Статья посвящена рассмотрению истории становления жилищной кооперации, анализу правового регулирования существования жилищных советского периода, выявлению особенностей различных этапов развития советского законодательства о жилищной кооперации. Проанализированы три периода становления и развития жилищной кооперации в России: 1924–1937 г., 1937–1958 г., 1958–1988 г.

Ключевые слова: жилищно-строительные кооперативы, членство в кооперативах, жилищная кооперация

Отечественная кооперация зародилась в дореволюционной России. Предыстория кооперативов в нашей стране связана с именами декабристов, объединившихся в 1831 г. на сибирской каторге в «Большую артель» – полугоперативную потребительскую организацию с целью взаимопомощи [3. С. 354].

Классические кооперативы стали возникать лишь после отмены крепостного права в 1861 г. В основном это были потребительские общества, кредитные и многообразные сельскохозяйственные кооперативы. Однако едва ли можно говорить о бурном развитии кооперативного движения в дореволюционной России. Многие потребительские общества, образованные в 70–90-х гг. XIX в., после некоторых первоначальных успехов разваливались и закрывались. Уже на первом этапе зарождения кооперативов в России стала очевидной одна истина: сама по себе кооперативная форма предоставления услуг, сбыта, снабжения, кредита и т.д. не гарантирует прибыльной деятельности кооперативных хозяйственных предприятий. По словам А.П. Макаренко, успех дела решает профессионализм управления в сочетании с активным материальным участием членов кооператива в образовании его средств и расширении его деятельности. Именно эти два основных элемента, по его мнению, оказались самыми слабыми в становлении потребительской кооперации в России [10. С. 207].

По этим причинам в дореволюционной России не получила развитие и жилищная кооперация. Были единичные случаи, когда образовывались домостроительные общества, товарищества квартировладельцев, общества «собственников» квартир, артели и т.п., однако их целью было осуществление жилищного самоуправления. Членам таких обществ и товариществ передавались функции по управлению соответствующими домами [6. С. 141].

Октябрь 1917 г. изменил судьбу российской кооперации. Кооперативы, образованные в дореволюционной России и ориентированные так или иначе на рыночные начала, стали неким «инородным телом» в социалистической системе. О.Ю. Шмидт писал по этому поводу: «Название “кооперация” уничтожается. В декрете («О потребительской коммуне» – прим. автора) не говорится о “кооперации”. Мы признаем, что “кооперация” выполнила свои задачи и выполнила их хорошо, а потому мы передаем ей все дело распределения. Одновременно уничтожается и кооперативное движение. Да и бороться-то кооперации не за что, за что же она будет бороться! Это движение борьбы теперь уже завершено самой “кооперацией”» [37. С. 202].

Период новой экономической политики (НЭП) стал временем кратковременного возрождения и даже расцвета кооперации. С апреля 1921 г. кооперативное движение России вступило в 7-летний период относительно свободного развития. В термин «кооперация» стало вкладываться новое значение: «Старая дореволюционная кооперация

была частно-правовой организацией. Каждый кооператив ставил перед собой свои задачи совершенно самостоятельно, исходя только из интересов своих членов. Современная советская кооперация есть организация общественно-правовая. На кооперации лежат и не могут не лежать задачи, возложенные обществом. ... Главная из них – быть орудием социалистического строительства» [11. С. 62].

Период НЭПа стал решающим в становлении жилищной кооперации в России. Впервые упорядочение отношений, связанных с организацией и деятельностью жилищных кооперативов, на уровне Союза ССР нашло свое отражение в постановлении ЦИК и СНК СССР «О жилищной кооперации» от 19 августа 1924 г. [17. Ст. 60]. До этого отношения, связанные с жилищной кооперацией, регулировались актами региональных органов власти.

В этот период существовали следующие виды кооперативов: жилищно-арендные кооперативные товарищества (ЖАКТ), рабочие жилищно-кооперативные строительные товарищества (ЖКСТ), общегражданские жилищно-строительные кооперативные товарищества [12. С. 8]. Особенно широкое распространение в то время получила жилищно-арендная кооперация. ЖАКТ были основной формой управления государственным жилищным фондом. Смысл такого способа управления заключался в следующем. Коллективам жильцов, образовавших ЖАКТ, в аренду передавались муниципальные домостроения, в отношении которых ЖАКТ получили достаточно широкие полномочия. Они не только осуществляли эксплуатационное управление домами, но также были наделены правами по распределению и использованию жилой площади в них.

Через ЖКСТ граждане получили возможность вкладывать свои собственные денежные средства в строительство нового жилья, приближая момент улучшения своих жилищных условий. После сдачи дома в эксплуатацию ЖКСТ получало широкие полномочия по управлению возведенным домостроением. На ЖКСТ не распространялись основные постановления действующего жилищного законодательства: нормиро-

ванная квартирная плата, специальные правила о нормах жилой площади, о порядке изъятия излишков жилой площади и др.

На основании Постановления «О жилищной кооперации» [17. Ст. 60] и Положения «О мерах содействия строительству рабочих жилищ» [21. Ст. 83–84] жилищно-строительные кооперативы получали через банк финансирования коммунального и жилищного строительства долгосрочные (до 60 лет) строительные ссуды в размере 80–90%, а иногда и выше 90% стоимости домов. Пайщики получали квартиры в бессрочное и безвозвратное пользование.

Жилищная кооперация этого периода развивалась бурными темпами. По данным А.П. Макаренко, в 1927 г. 63,3% городского муниципального жилого фонда находилось в пользовании жилищно-арендной кооперации. Причем в Москве кооператоры распорядились 70% жилой площади, в Ленинграде – 87,4%. Ускоренными темпами развивалась жилищно-строительная кооперация двух видов – рабочая и общегражданская. В 1927 г. ее затраты на строительство жилья составили около 20% всех средств, вложенных в жилищное строительство. Общесоюзный центр жилищно-строительной и жилищно-арендной кооперации (Центржилсоюз) имел свои лесоразработки, кирпичные заводы и другие предприятия.

Таким образом, на наш взгляд, первый этап становления и развития жилищной кооперации в России (1924–1937 гг.) связан с периодом НЭПа и характеризуется следующими основными чертами: многообразие форм кооперативной деятельности; активная поддержка со стороны государства строительства, осуществляемого жилищными кооперативами; жилищный кооператив рассматривался не только как способ удовлетворения жилищной потребности путем объединения денежных средств пайщиков (членов кооператива), но и как способ управления жилищным фондом; распространенность жилищной кооперации как в сфере строительства жилья, так и в сфере управления жилищным фондом.

Вторая половина 30-х гг. стала знаковой для истории страны. Волна сталинских репрессий не обошла стороной кооператоров. «Основные принципы кооперации бы-

ли раскритикованы, ее теоретики – крупнейшие экономисты страны – дискредитированы, а их теоретические взгляды – отвергнуты» [35. С. 93].

В 1937 г. было принято постановление ЦИК и СНК СССР «О сохранении жилищного фонда и улучшении жилищного хозяйства в городах» от 17 октября 1937 г., в котором было отмечено следующее: «Жакты в подавляющем большинстве на деле домами не управляют, не заботятся об их ремонте, не поддерживают их в культурном состоянии <...> Немало таких жактов, которые способствуют спекуляции жилой площадью <...> Система жилищной кооперации, состоящая из многочисленных звеньев, расходует около сорока миллионов рублей в год на содержание аппарата союзов, но не обеспечивает должного управления и сохранности жилищного фонда» [28. С. 7–12].

Основной аргумент против жилищно-строительной кооперации состоял в следующем: кооперативы строили жилые дома в основном за счет долгосрочных государственных кредитов. Собственные средства члены кооперативов вкладывали в строительство в незначительных размерах (до 10% от стоимости строительства). При таких условиях кооперативы, по существу, строили жилые дома за счет государства, приобретая в то же время жилую площадь в личную собственность с правом продажи ее. «Это порождало всякого рода злоупотребления и спекуляцию жилой площадью со стороны недобросовестных лиц, примазавшихся к кооперативам», – писал М.И. Барышев [2. С. 110].

Постановлением ЦИК и СНК СССР «О сохранении жилищного фонда и улучшении жилищного хозяйства в городах» [28. С. 7–12], а также впоследствии принятым постановлением СНК СССР «О порядке ликвидации жилищных кооперативов и их союзов, передачи ими домов, дач, предприятий и имущества и расчета с пайщиками» от 25 ноября 1937 г. [23. С. 351] были упразднены жилищно-арендная кооперация и союзы жилищно-строительной кооперации. Построенные ими дома были переданы местным Советам и государственным предприятиям.

ЖСК создавались в отдельных случаях только на основании специальных решений Правительства СССР. Окончательное утверждение их правового положения произошло с принятием Примерного устава ЖСК постановлением СНК РСФСР от 31 октября 1939 г. [32. С. 62–66] (далее – Примерный устав ЖСК 1939 г.). В §1 Примерного устава ЖСК 1939 г. было определено, что ЖСК учреждается в городе (поселке) с целью удовлетворения членом кооператива жилыми помещениями путем строительства жилых домов на собственные средства кооператива, а также для последующей хозяйственной эксплуатации и управления этими домами. Членом ЖСК мог быть гражданин СССР, достигший 18-летнего возраста, за исключением лиц, осужденных судом с лишением избирательных прав. Для образования кооператива требовалось первоначальное объединение не менее десяти граждан. Член ЖСК не мог одновременно состоять членом двух ЖСК (за исключением дачно-строительного кооператива). Примерным уставом 1939 г. было предусмотрено, что жилое помещение предоставляется каждому члену кооператива в постоянное пользование в соответствии с размером пая.

Согласно Примерному уставу ЖСК 1939 г. средства кооператива состояли из вступительных, паевых взносов членом кооператива и из прочих поступлений. Органами управления кооператива являлись общее собрание членом кооператива и правление.

Отдельные вопросы, связанные с применением Примерного устава ЖСК 1939 г., нашли отражение в инструкции Министерства коммунального хозяйства РСФСР «О порядке применений примерных уставов жилищно-строительного и дачно-строительного кооперативов, утвержденных постановлением СНК РСФСР от 31 октября 1939 г. № 634» от 25 марта 1952 г. №304 [24. С. 184–186].

Необходимо также отметить, что понятие ЖСК не совпадало с таким явлением, как объединение жилищного строительства, осуществляемого государственными организациями, которое было распространено в советское время. При объединении во время

жилищного строительства нескольких государственных организаций путем возведения ими одного крупного объекта не создавалось особой государственной организации – застройщика. В этих случаях говорили о «кооперировании» не в смысле образования субъекта права, а в техническом смысле [1. С. 218].

Не образовывало ЖСК и одновременное строительство группой граждан многоквартирных жилых домов на началах трудовой взаимопомощи с сохранением прав личной собственности каждого застройщика на одну квартиру [2. С. 111]. Коллектив застройщиков представлял собой объединение трудящихся на период строительства дома. Он не пользовался правами юридического лица. Дом, построенный коллективом застройщиков, являлся их личной собственностью, которой они пользовались на долевых началах. Эксплуатация жилого дома производилась по договоренности между владельцами. Строительство домов осуществлялось за счет сил и средств индивидуальных застройщиков.

Итак, по нашему мнению, второй этап развития жилищной кооперации (1937–1958 гг.) характеризовался следующими основными моментами: различные виды жилищных кооперативов (ЖАКТ, ЖСКТ и др.), существовавшие до 1937 г., были либо упразднены, либо принудительно реорганизованы в ЖСК; характерная черта ЖСК этого периода, отличавшая его от кооперативов 20-х начала 30-х гг., заключалась в том, что строительство жилых домов должно было осуществляться за счет собственных средств кооператива (за исключением случаев предоставления кредита по решению Правительства); в военный период жилищное строительство практически было прервано, восстановление жилищного фонда происходило в основном без участия жилищной кооперации.

Только после XX съезда КПСС, как отмечает П.В. Крашенинников, социалистическая жилищная кооперация получила второе дыхание [8. С. 110]. 20 марта 1958 г. Совет Министров СССР принял постановление «О жилищно-строительной и дачно-строительной кооперации» [18. Ст. 47], которым было признано целесообразным бо-

лее широкое развитие жилищно-строительной кооперации для осуществления строительства многоквартирных жилых домов в городах и поселках городского типа за счет собственных средств членов кооператива. Тем же постановлением было предложено включать строительство кооперативных жилых домов в государственный план подрядных строительно-монтажных работ и осуществлять строительство этих домов после внесения кооперативом в банк полной стоимости строительства дома.

Постановление «О жилищно-строительной и дачно-строительной кооперации» определяет новые принципы организации деятельности жилищных кооперативов. В нем установлено, что члены ЖСК обязаны до начала строительства дома внести в банк денежные средства в размере полной стоимости строительства. При этом членам кооператива и их семьям разрешено было личное участие в постройке жилого дома и в таком случае стоимость их трудовых затрат засчитывалась в сумму средств, подлежащих внесению в оплату стоимости строительства.

Постановлением Совета Министров РСФСР от 24 сентября 1958 г. был утвержден Примерный устав ЖСК [33. С. 11] (далее – Примерный устав ЖСК 1958 г.) По сравнению с Примерным уставом ЖСК 1939 г. в этом уставе содержались некоторые новшества. В частности, были изменены требования, предъявляемые к члену кооператива. Как и прежде, им мог быть гражданин, достигший 18-летнего возраста, однако теперь еще и постоянно проживающий в данной местности и не имеющий домов в личной собственности. Последнее ограничение было направлено на то, чтобы обеспечить участие в ЖСК только тех граждан, которые действительно нуждаются в жилье. Согласно Примерному уставу ЖСК 1958 г. для образования ЖСК также было необходимо не менее 10 граждан. Средства кооператива подразделялись не только на вступительные, паевые взносы и прочие поступления. К указанным были добавлены и взносы на содержание и эксплуатацию выстроенного жилого дома.

Постановлением Совета Министров РСФСР «Об индивидуальном и кооператив-

ном жилищном строительстве в РСФСР» от 5 октября 1962 г. №1395, был утвержден Примерный устав ЖСК (далее – Примерный устав ЖСК 1962 г.) [13. С. 59–66].

В Примерный устав ЖСК 1962 г. были включены некоторые нововведения (по сравнению с Примерным уставом ЖСК 1958 г.). Так, значительно увеличилось минимальное число граждан, требуемое для организации ЖСК. Теперь для организации ЖСК требовалось объединение граждан в количестве не менее: в городах Москве и Ленинграде – 60 чел., в столицах автономных республик, краевых и областных центрах и крупных промышленных городах – 48 чел., других городах и поселках городского типа – 24 чел. В Примерном уставе ЖСК 1962 г. было закреплено, что членом ЖСК мог стать только нуждающийся в жилом помещении гражданин. Лица, владеющие на праве личной собственности жилым домом или частью его, могли быть приняты в кооператив лишь в случае, если жилой дом или его часть не были пригодны для постоянного проживания или не могли быть использованы для постоянного проживания по каким-либо другим причинам.

Еще более широкие льготы были предоставлены ЖСК постановлением Совета Министров СССР «О дальнейшем развитии кооперативного жилищного строительства» от 19 ноября 1964 г. [14. Ст. 147]. Вслед за указанным постановлением было принято постановление Совета Министров РСФСР от 31 декабря 1964 г. №1642 «О дальнейшем развитии кооперативного жилищного строительства в РСФСР» [15. Ст. 1].

Принятие в 1964 г. вышеназванных постановлений создало предпосылки для утверждения Советом Министров РСФСР 2 октября 1965 г. нового примерного устава ЖСК (далее – Примерный устав ЖСК 1965 г.) [34. Ст. 144]. Этот устав был последним из утвержденных в советское время в РСФСР и сохранял действие вплоть до принятия постановления Совета Министров РСФСР от 19 апреля 1989 г. №12-6 «О признании утратившими силу решений Правительства РСФСР по вопросам кооперации» [25. Ст. 73]. В связи с этим анализ положений данного устава позволяет сформировать

представление о ЖСК последней четверти века советского периода. Поскольку этот устав был последним, именно в нем наиболее полно были сформулированы положения, касающиеся правовых основ организации и деятельности ЖСК, «эволюционировавшие» на протяжении всего советского периода истории страны. Ввиду отсутствия нормативных актов, регулирующих деятельность жилищных кооперативов, положения этого устава применялись и после его отмены в качестве сложившихся на практике правил поведения практически до сегодняшних дней.

Согласно Примерному уставу ЖСК 1965 г. было определено минимальное число граждан для организации кооператива при совхозах и в поселках, расположенных в сельской местности, – 12 чел. Количество граждан, необходимых для организации остальных ЖСК осталось прежним: в городах Москве и Ленинграде – 60 чел., в столицах автономных республик, краевых и областных центрах и крупных промышленных городах – 48 чел., других городах и поселках городского типа – 24 чел.

Как и прежде, членом кооператива мог стать гражданин, достигший 18-летнего возраста, постоянно проживающий в данной местности и нуждающийся в улучшении жилищных условий

Как и ранее, в Примерном уставе ЖСК 1965 г. было предусмотрено, что каждому члену кооператива предоставляется в постоянное пользование отдельная квартира жилой площадью не более 60 м². Согласно ранее действующему Примерному уставу ЖСК 1962 г. член ЖСК не мог являться членом другого ЖСК. Примерный устав ЖСК 1965 г. допускал в виде исключения участие гражданина в другом ЖСК, однако только в случае нуждаемости его в улучшении жилищных условий.

В 80-е гг. с принятием Основ жилищного законодательства Союза ССР и союзных республик [27. Ст. 834], Жилищного кодекса РСФСР от 24 июня 1983 г. [7. Ст. 883] изменился уровень нормативного регулирования жилищной кооперации. Теперь отношения, связанные с ЖСК, стали регулироваться законами. Однако принципиальных изменений не произошло.

Основы жилищного законодательства содержали две статьи, посвященные регулированию жилищных отношений в ЖСК. Статья 42 закрепила право граждан, нуждающихся в улучшении жилищных условий, вступить в ЖСК и получить в нем квартиру. В ст. 43 было определено, что лицу, принятому в члены ЖСК, по решению общего собрания членов кооператива предоставляется отдельная квартира, состоящая из одной или нескольких комнат, в соответствии с количеством членов семьи и суммой его паевого взноса и предельным размером жилой площади, предусматриваемым примерным уставом ЖСК.

ЖК РСФСР, равно как и другие кодексы союзных республик, содержали разделы, регламентирующие деятельность ЖСК, причем, по замечанию В.П. Грибанова, главным образом в том плане, который связан с предоставлением и использованием жилыми помещениями в ЖСК [5. С. 117]. В частности, гл. 5 «Обеспечение граждан жилыми помещениями в домах ЖСК и пользование ими» не изменила основные принципы и правила регулирования отношений между ЖСК и его членами, рассмотренные при освещении содержания Примерного устава ЖСК 1965 г. Отметим лишь то, что условия признания граждан нуждающимися в улучшении жилищных условий для вступления в члены кооператива в основном приравнены, как отмечает В.Н. Литовкин, к условиям признания граждан нуждающимися в улучшении жилищных условий для получения жилого помещения в домах государственного и общественного жилищного фонда [9. С. 168]. До этого в законодательстве не был определен конкретный порядок признания граждан нуждающимися в улучшении жилищных условий для вступления в члены кооператива. Однако в литературе указывалось на необходимость признания нуждающимися в улучшении жилищных условий для вступления в члены кооператива тех граждан, которые согласно существующему порядку принимаются на квартирный учет [4. С. 11–12].

Немаловажное значение для регулирования деятельности ЖСК имело постановление Совета Министров СССР «О жилищно-строительной кооперации» от 19 августа

1982 г. №765 [19. Ст. 121], которым в значительной мере усовершенствован порядок организации и деятельности ЖСК, установлены дополнительные льготы гражданам, вступающим в ЖСК.

К нормативным актам рассматриваемого нами периода, регулирующим деятельность ЖСК, также относятся: постановления ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 16 декабря 1981 г. «О порядке возмещения дополнительных затрат на строительство кооперативных жилых домов, связанных с введением новых оптовых цен и тарифов» [22. Ст. 17]; от 10 февраля 1984 г. «О размере пая граждан, вступающих в ЖСК, имеющие жилые дома, построенные с привлечением средств государственного бюджета» [26. Ст. 39]; от 10 октября 1985 г. «О мерах по обеспечению работников предприятий, учреждений и организаций, расположенных в районах Крайнего Севера и в местностях, приравненных к районам Крайнего Севера, жилой площадью в других районах страны» [20. Ст. 154]. В положениях данных постановлений устанавливались особенности различных кооперативов. Так, например, в постановлении Совета Министров СССР от 5 июля 1985 г. №628 «О дополнительных мерах по строительству молодежных жилых комплексов и кооперативных жилых домов для молодежи» [16. С. 258–259] было предусмотрено, что в члены молодежных ЖСК могут приниматься лица в возрасте до 30 лет.

Отдельные вопросы, возникавшие при разрешении споров, связанных с использованием жилыми помещениями в домах ЖСК, получали разъяснения в судебной практике. Большое значение имели разъяснения Верховного суда СССР, содержащиеся в постановлениях Пленума высшей судебной инстанции. Особенно их значение возросло в 80-е гг., когда прошло уже значительное время с момента принятия Примерного устава от 2 октября 1965 г., а практика его применения, как отмечает В.М. Шерстюк, показала, что многие его положения требовали уточнений, дополнений или изменений [36. С. 4]. Целый ряд вопросов, решение которых вызывало сложность в практике применения норм устава, получил разъяснение в постановлениях Пленума Верховного Су-

да СССР и РСФСР, принятых в 1970, 1978 и 1988 гг. [29. С. 4; 30. С. 12; 31].

Таким образом, мы считаем, что третий этап развития жилищной кооперации (1958–1988 гг.) охарактеризуется следующими особенностями:

– в 1958 г. отношение государства к жилищной кооперации изменилось коренным образом, однако по-прежнему не допускалось кредитование кооперативного жилищного строительства и члены кооператива должны были до начала строительства внести денежные средства в размере полной стоимости строительства;

– в 1962 г. была возвращена практика предоставления ЖСК государственных кредитов в размере до 60% сметной стоимости строительства на срок 10–15 лет с погашением его ежегодно равными долями; соответственно члены ЖСК до начала строительства должны были внести 40% стоимости строительства квартиры;

– строительство жилых домов для кооперативов с этого времени стало вестись государственными подрядными организациями, а само кооперативное жилищное строительство – включаться в народнохозяйственный план;

– за 1958–1989 гг. было утверждено три Примерных устава ЖСК, что было связано с постоянным совершенствованием нормативной базы в условиях изменяющейся политики государства в отношении ЖСК, в связи с чем прежние Примерные уставы устаревали и возникала необходимость принятия нового устава;

– в этот период было сформировано важное положение: правом стать членом ЖСК обладал только нуждающийся в жилом помещении гражданин; окончательно это положение нашло отражение в Примерном уставе ЖСК 1965 г.;

– с принятием Основ жилищного законодательства и Жилищного кодекса РСФСР отношения, связанные с предоставлением и пользованием жилыми помещениями членами ЖСК, впервые стали регулироваться нормами законов, при этом принципиальных изменений в правовом регулировании соответствующих отношений не произошло; отношения, связанные с организацией и деятельностью кооператива, ре-

гулировались постановлениями ЦК КПСС и Совета Министров, а также уставом кооператива, разработанным на основе Примерного устава ЖСК.

Библиографический список

1. *Аскназий С.И.* Жилищное право / С.И. Аскназий, И.Л. Брауде, А.И. Пергамент. М.: Госюриздат, 1956.
2. *Барышев М.И.* Законодательство по жилищному строительству / М.И. Барышев. М.: Госюриздат, 1960.
3. *Вахитов К.И.* Кооперация. Теория, история, практика: Избранные изречения, факты, материалы, комментарии / К.И. Вахитов. М.: Дашков и К^о, 2004.
4. *Вишневская И.С.* Права и обязанности члена жилищно-строительного кооператива / И.С. Вишневская. Ростов н/Д: Ростов. ун-т, 1978.
5. *Грибанов В.П.* Основы советского жилищного законодательства (Пособие для слушателей народных университетов) / В.П. Грибанов. М.: Знание, 1983.
6. *Дроздов И.А.* Обслуживание жилых помещений: гражданско-правовое регулирование / И.А. Дроздов. М.: Статут, 2006.
7. *Жилищный кодекс РСФСР от 24 июня 1983 г.* // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1983. №26.
8. *Крашенинников П.В.* Жилищное право / П.В. Крашенинников. Изд. 4-е, перераб. и доп. с учетом нового Жилищного кодекса Российской Федерации. М.: Статут, 2005.
9. *Литовкин В.Н.* Жилищное законодательство: Справочное пособие / В.Н. Литовкин. М.: Профиздат, 1988.
10. *Макаренко А.П.* Теория и история кооперативного движения: учеб. пособие для студ. высших и средних спец. учеб. заведений / А.П. Макаренко. 2-е изд. М.: ИКЦ «Маркетинг», 2002.
11. *Мещеряков Н.Л.* Современная кооперация / Н.Л. Мещеряков. 2-е изд. М., 1924.
12. *Нечецкий М.* Очерки советского жилищного права: учеб. пособие для слушателей / М. Нечецкий. Саратов: Коммунист, 1958.

13. *Об индивидуальном и кооперативном жилищном строительстве в РСФСР*: Постановление Совета Министров РСФСР от 5 октября 1962 года №1395 // Сборник жилищного законодательства. М.: Юрид. лит., 1963.
14. *О дальнейшем развитии кооперативного жилищного строительства*: Постановлением Совета Министров СССР от 19 ноября 1964 года // Собрание постановлений СССР. 1964. №25. Ст. 147.
15. *О дальнейшем развитии кооперативного жилищного строительства в РСФСР*: Постановление Совета Министров РСФСР от 31 декабря 1964 года №1642 // Собрание постановлений РСФСР. 1965. №1.
16. *О дополнительных мерах по строительству молодежных жилых комплексов и кооперативных жилых домов для молодежи*: Постановление Совета Министров СССР от 5 июля 1985 г. №628 // Жилищный кодекс РСФСР: с постанетейными материалами. М.: Юрид. лит., 1991.
17. *О жилищной кооперации*: Положение от 19 августа 1924 г. // Собрание законодательства СССР. 1924. №5.
18. *О жилищно-строительной и дачно-строительной кооперации*: Постановление Совета Министров СССР от 20 марта 1958 года // Собрание постановлений СССР. 1958. №5.
19. *О жилищно-строительной кооперации*: Постановление Совета Министров СССР от 19 августа 1982 г. №765 // Собрание постановлений СССР. 1982. №23.
20. *О мерах по обеспечению работников предприятий, учреждений и организаций, расположенных в районах Крайнего Севера и в местностях, приравненных к районам Крайнего Севера, жилой площадью в других районах страны*: Постановление ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 10 октября 1985 г. // Собрание постановлений СССР. 1985. №33.
21. *О мерах содействия строительству рабочих жилищ*: Положение от 30 января 1929 г. // Собрание законодательства СССР. 1929. № 9.
22. *О порядке возмещения дополнительных затрат на строительство кооперативных жилых домов, связанных с введением новых оптовых цен и тарифов*: Постановление ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 16 декабря 1981 г. // Собрание постановлений СССР. 1982. №4.
23. *О порядке ликвидации жилищных кооперативов и их союзов, передачи ими домов, дач, предприятий и имущества и расчета с пайщиками*: Постановление СНК СССР от 25 ноября 1937 г. // Жилищное законодательство: сб. официальных материалов. М., 1950.
24. *О порядке применений примерных уставов жилищно-строительного и дачно-строительного кооперативов*, утвержденных постановлением СНК РСФСР от 31 октября 1939 г. №634: Инструкция Министерства коммунального хозяйства РСФСР от 25 марта 1952 г. №304 // Жилищные законы. Сборник важнейших законов СССР и РСФСР, постановлений, инструкций и приказов по жилищному хозяйству. По состоянию на 1 ноября 1957 года / сост. Т.Д. Алексеев. Изд. 3-е, доп. и испр. М., 1958.
25. *О признании утратившими силу решений Правительства РСФСР по вопросам кооперации*: Постановление Совета Министров РСФСР от 19 апреля 1989 г. №12-6 // Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации. 1989. №6.
26. *О размере пая граждан, вступающих в жилищно-строительные кооперативы, имеющие жилые дома, построенные с привлечением средств государственного бюджета*: Постановление ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 10 февраля 1984 г. // Собрание постановлений СССР. 1984. №7.
27. *Основы жилищного законодательства Союза ССР и союзных республик* от 24 июня 1981 г. №5150-X // Ведомости Верховного Совета СССР. 1981. №26.
28. *О сохранении жилищного фонда и улучшении жилищного хозяйства в городах*: Постановление ЦИК и СНК СССР от 17 октября 1937 г. // жилищные законы: сб. важнейших законов СССР и РСФСР, постановлений, инструкций и приказов по жилищному хозяйству. По

- состоянию на 1 мая 1946 г. / сост. Т.Д. Алексеев. М., 1947.
29. *Постановление* Пленума Верховного Суда РСФСР от 28 января 1970 г. № 51 «О выполнении судами РСФСР постановления Пленума Верховного Суда СССР от 25 февраля 1967 г. «О некоторых вопросах применения законодательства при рассмотрении судами дел по спорам между гражданами и жилищно-строительными кооперативами» // Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1970. №5. С. 4.
30. *Постановление* Пленума Верховного Суда СССР от 16 июня 1978 г. №6 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел по спорам между гражданами и жилищно-строительными кооперативами» // Бюллетень Верховного Суда СССР. 1978. №4.
31. *Постановление* Пленума Верховного Суда СССР от 3 февраля 1988 г. №1 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел по спорам между гражданами и жилищно-строительными кооперативами» // Бюллетень Верховного Суда СССР. 1988 г. №2.
32. *Примерный устав ЖСК: Постановление СНК РСФСР от 31 октября 1939 г. // Жилищное законодательство: сб. официальных материалов. М.: Госюриздат, 1950.*
33. *Примерный устав ЖСК: Постановление Совета Министров РСФСР от 24 сентября 1958 года // Бюллетень Моссовета. 1959. №1.*
34. *Примерный устав ЖСК: Постановление Совета Министров РСФСР от 2 октября 1965 года // Собрание постановлений РСФСР. 1965. №23.*
35. *Титаев В.Н.* Теория и история кооперативного движения: учеб.-метод. пособие / В.Н. Титаев, В.В. Петров, И.Ф. Бородин. Энгельс. 2002.
36. *Правила кредитования кооперативного жилищного строительства от 30 июля 1962 года // Сборник жилищного законодательства. М.: Юридическая литература, 1963.*
37. *Шерстюк В.М.* Судебная защита прав членов жилищно-строительных (дачно-строительных) кооперативов / В.М. Шерстюк. М.: Юрид. лит., 1983. С. 4. (Б-ка народного судьи).
38. *Шмидт О.Ю.* История разработки В.И. Лениным кооперативного плана / О.Ю. Шмидт. М., 1970.

THE HISTORY OF THE HOUSING COOPERATION ESTABLISHMENT IN RUSSIA

O.R. Gimadrislamova

The Institute of Law of the Bashkirsky State University, 450007, Ufa, Frunze street, 32

The article covers the topic of the history of housing cooperative formation, analysis of Soviet legal regulation of housing cooperatives, peculiarities of different stages of Soviet housing cooperative legislation development. 3 periods of formation and development of housing cooperative society in Russia are analyzed: the years 1924–1937, 1937–1958 and 1958–1988.

Keywords: housing and construction cooperatives, membership in the cooperatives, housing cooperation

**ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ ИНИЦИАТИВЫ В СФЕРЕ ПРИВАТИЗАЦИИ
И НАЦИОНАЛИЗАЦИИ****В.Г. Голубцов**

Доктор юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса
Пермского государственного университета, 614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15

Статья посвящена анализу действующего регулирования и законодательных тенденций в правовом нормировании процедур приватизации и национализации. Предметом внимания автора стали особенности законотворческого процесса и тенденции законодательного регулирования в рассматриваемой сфере.

Ключевые слова: приватизация, национализация, законотворчество

Отношения, возникающие между государством и прочими субъектами гражданского оборота, неоднозначны по правовой природе. Одни опосредуют властные полномочия, реализуемые органами государства в целях обеспечения на основе закона соответствующего регулирования (налогового, таможенного, валютного), носят субординационный характер и относятся к сфере публичного права; другие формируются в сфере гражданского оборота, построенного на началах равенства всех субъектов, в том числе государства.

Именно в государстве, как частноправовом субъекте, тесным образом переплетаются публичные и частные элементы. «Все, представляющее государственное единство, существует бок о бок с частными, приватными элементами, непрерывно с ними соприкасается, и, действуя на них, само, в свою очередь, испытывает на себе их действие», – писал дореволюционный цивилист К.Д. Кавелин [1. С. 775]. Этот факт в значительной степени осложняет возможность получения однозначного ответа на вопрос о том, является ли и – что еще важнее – должно ли являться государство, «олицетворение публично-правового интереса», субъектом частного права.

Гражданский кодекс Российской Федерации прямо указывает на государство как на субъект гражданского права; п. 2 ст. 2 гласит: «В регулируемых гражданским законодательством отношениях могут участвовать также Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования». Более 30 статей дей-

ствующего ГК посвящены непосредственно государству, его участию в рыночном механизме. Тем самым деятельность государства в гражданском обороте вводится в нормальные рамки, и оно становится равноправным участником имущественных отношений. За пределами правил, установленных этими статьями, участие государства в гражданском обороте сводится к нормативному регулированию и контрольно-надзорным функциям. Наряду с этим следует отметить, что законодатель, употребив в ст. 124 формулировку «особенности данных субъектов», указал на государство как на «особый» субъект права.

Властная (публично-правовая) сущность государства проявляется в гражданском праве. Она выражается в особом характере государства как субъекта гражданского права, поскольку оно, будучи организацией, не признается тем не менее юридическим лицом. В этом специфика правового положения государства в российском гражданском праве, где классификация субъектов представляется как трехчленная – физические лица, юридические лица и особое лицо – государство. Подчеркивая особенность государства как субъекта частного права, его тем самым выводят из общего ряда субъектов.

Вместе с тем конструкция «особое лицо» таит в себе и ряд проблем. Следуя этой трактовке, необходимо пояснить, в чем состоят особенности государства как субъекта гражданского права. Однако законодатель идет по иному пути, распространяя на государство действие норм, которые определяют участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодатель-

ством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов (п. 2 ст. 124 ГК РФ). Таким образом, как следует из анализа законодательства, государство приравнено к юридическому лицу, но не названо таковым. В связи с этим проблемы, связанные с определением гражданско-правового статуса государства и его особенностями как частноправового субъекта, широко обсуждаются в современной науке гражданского права. И это не случайно, так как в данном вопросе остается очень много неясного в теоретическом плане. Кроме того, положения законодательства, регулирующие данный вопрос, несомненно, нуждаются в развитии и комментариях.

Признавая государство субъектом гражданско-правовых отношений, его всё же нельзя ставить в один ряд с другими субъектами гражданского права. Целесообразно вспомнить в связи с этим высказывание Г.Ф. Шершеневича, который в свое время писал, что «государство и частное лицо могут быть только противопоставляемы, но не сопоставляемы друг с другом» [3. С. 68]. При обращении к понятию «государство – субъект гражданского права» необходимы некоторые пояснения. Государство именуют «особым» субъектом права в силу множества особенностей его статуса: государство само может формулировать правила гражданского оборота, содержание и пределы своей правоспособности; может принимать административные акты, из которых возникают гражданско-правовые отношения, независимо от воли другой стороны; пользуется иммунитетом и т.д. Однако, как отмечается в литературе, особое положение государства как субъекта гражданского права должно проявляться не в его отношениях с другими субъектами – гражданами и юридическими лицами, а в природе его существования и образования. Особенность государства в том, что оно – суверен, носитель политической власти и, исходя из этого, определяет правосубъектность не только граждан и юридических лиц, но и свою собственную как участника гражданского оборота; в то же время «особые качества правосубъектности государства, проистекающие из объединения в одной структуре и политической организации, облеченной властными прерогативами, и субъекта хозяйствования не должны изменить природу регулируемых гражданским правом отношений, в

которых участвует государство, превратить их в смешанные отношения с элементами власти-подчинения» [2. С. 183].

Тем не менее совершенно очевидно, что публично-правовая сущность государства как субъекта частного права диктует необходимость уделения самого пристального внимания защите интересов контрагентов государства.

Принципиальную значимость в этой связи приобретают проблемы государственной собственности, ее эффективного использования. Государство продолжает оставаться собственником колоссальных по размеру и значению активов. В то же время эффективность использования публичного имущества недостаточно высока, а его содержание требует достаточно серьезных вложений. Разработка эффективного механизма управления государственной собственностью особенно важна сейчас, когда для государства все более насущным становится изыскание ресурсов, необходимых для несения «бремени социальных издержек», возложенного на него обществом.

Принципиальное значение имели в этой связи процессы приватизации. Приватизация начала 90-х гг. носила хаотичный характер и отмечена множеством недостатков, касающихся в первую очередь законодательного регулирования процессов приватизации. Законодательство отличалось непостоянностью, отсутствием внутреннего единства. Осуществление приватизации образца начала 90-х гг. позволило решить лишь одну глобальную задачу – создание в России частной собственности на средства производства. Все прочие задачи – обеспечение интересов государства, вовлечение в процесс управления бывшей государственной собственностью широких слоев населения – достигнуты не были. Практика применения законодательства о приватизации судами также вскрыла недостатки существовавших подходов к законодательному регулированию указанных процессов. Все эти обстоятельства сделали очевидной необходимость серьезного реформирования законодательства о приватизации.

Изменение взглядов публичной власти на вопросы управления государственной собственностью предопределили законодательную активность в указанной сфере. В 2001 г. принят третий по счету за новейшую историю России закон, устанавливающий

законодательные основы процесса приватизации, – закон «О приватизации государственного и муниципального имущества» [4], который периодически дополняется и изменяется. Активно идет процесс регионального законодательства в рамках, представленных законом о приватизации. Указанные тенденции необходимо расценивать как положительные, однако уже сегодня очевидно, что законодательство о приватизации «нового образца» еще далеко от совершенства.

Одновременно с реформированием законодательства о приватизации в России все настойчивей звучат предложения о полноценном реанимировании и развитии института национализации в гражданском праве России. Имеющееся регулирование ограничивается несколькими статьями действующего Гражданского кодекса, касающимися принудительного изъятия имущества для государственных нужд.

В Государственную Думу Федерального Собрания РФ неоднократно вносились проекты законов о национализации: «О национализации в Российской Федерации», «Об обращении имущества в государственную собственность (национализации)», «Об обращении имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц в собственность Российской Федерации (национализации)», «О национализации имущества юридических и физических лиц, отчужденного из государственной или муниципальной собственности в процессе приватизации». Однако ни один из внесенных законопроектов не был принят. Основные претензии ко всем законодательным инициативам сводились к тому, что концептуальные положения законопроектов противоречат Конституции Российской Федерации, Гражданскому кодексу Российской Федерации, другим федеральным законам, а цели законопроектов выходят за рамки законодательства о национализации в системе законодательства Российской Федерации.

Так, в частности, в соответствии с Конституцией Российской Федерации (ст. 55) законодательство о национализации относится к федеральным законам, ограничивающим права и свободы человека и гражданина в той мере, в какой это необходимо для защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения

обороны страны и безопасности государства. Национализация представляет собой особое основание прекращения прав собственности, не имеющее санкционирующей направленности (в отличие от конфискации) и требующее предварительного возмещения собственнику стоимости этого имущества и других убытков. Перечень же оснований для национализации в представленных законопроектах затрагивает иные основания прекращения гражданских прав, влекущие за собой последствия, которые не могут быть квалифицированы как национализация. Так, например, проведение национализации в случае приватизации государственных и муниципальных предприятий с нарушением действующего законодательства или нарушение условий приватизационных сделок, систематическое нарушение налогового законодательства и прав потребителей, наличие ходатайства трудовых коллективов предприятий, что предлагается авторами законопроекта «О национализации имущества юридических и физических лиц, отчужденного из государственной или муниципальной собственности в процессе приватизации», придает национализации характер именно санкции¹.

В ряде законопроектов не учитывались требования законодательства Российской Федерации о порядке выплаты собственнику национализированного имущества предварительного и равноценного возмещения (и других убытков). В частности, предлагаемая неденежная форма возмещения в виде государственных облигаций с десятилетним сроком погашения противоречит Конституции Российской Федерации (ч. 4 ст. 75), Гражданскому кодексу Российской Федерации (п. 2 ст. 817), которые предусматривают добровольность размещения государственных займов.

Статус предлагаемой разработчиками одного из законопроектов специальной государственной комиссии как органа, определяющего размер возмещения, не закреплен Федеральным законом «Об оценочной деятельности в Российской Федерации».

¹ См.: официальный отзыв правительства РФ от 05.09.2003 №6064п-П5 «На проект Федерального закона «Об обращении имущества, находящегося в собственности юридических и физических лиц в государственную собственность (национализация)» [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Положения еще одного законопроекта, предусматривающие выплату возмещения наряду с собственником иным лицам, обладающим правами на национализируемое имущество, противоречат Гражданскому кодексу Российской Федерации (ст. 235, 306), в соответствии с которым возмещение убытков при национализации производится только собственнику имущества.

Практически все внесенные законопроекты получили вследствие вышеизложенных и иных причин отрицательные заключения и были сняты с рассмотрения Советом Государственной Думы Федерального собрания РФ. Подобное положение дел нельзя признать соответствующим потребностям развитого гражданского оборота. Более того, неурегулированность указанного вопроса на законодательном уровне с необходимостью приведет к нарушению прав и законных интересов участников оборота, в отношении имущества которых осуществляется национализация, а также к произволу исполнительных и судебных органов в решении указанных вопросов.

Таким образом, становится очевидным, что на современном этапе необходимо уделить самое пристальное внимание регулированию вопросов, связанных с приватизацией и национализацией, поскольку указанная сфера требует значительной доработки. Достичь упомянутой цели можно

только при условии проведения комплексного теоретического анализа указанных проблем, что позволит сформулировать основополагающие подходы, на которых должно строиться законодательное регулирование указанных процессов. Принципиально важно при этом соблюдать баланс публичного и частного интересов в гражданско-правовом регулировании процессов приватизации и национализации, что позволит в должной мере защитить права и законные интересы частных лиц – участников подобных сделок и государства.

Библиографический список

1. *Кавелин К.Д.* Что есть гражданское право и где его пределы / К.Д. Кавелин // Полное собр. соч.: в 4 т. Т. 4. Этнография и правоведение. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича. 1900.
2. *Комментарии* части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Спартак, 1995.
3. *Шершеневич Г.Ф.* Курс русского гражданского права. Введение / Г.Ф. Шершеневич. Казань, 1901. Т. 1, вып. 1. С. 68.
4. *Федеральный закон* от 21.12.2001 №178-ФЗ (ред. от 24.07.2008) «О приватизации государственного и муниципального имущества» // Собрание законодательства РФ. 28.01.2002. №4.

LEGISLATIVE INITIATIVES IN THE PRIVATIZATION AND NATIONALIZATION SPHERE

V.G. Golubtsov

Perm State University, 614990, Perm, Bukireva st., 15

The article covers the analysis of the current regulation and legislative trends in the legal control for the privatization and nationalization procedures. The subject of the author's attention is the peculiarities of the lawmaking process and the trends of the legal regulation in the sphere in question.

Keywords: privatization, nationalization, lawmaking

ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВ АКЦИОНЕРОВ МЕТОДОМ ДОВЕДЕНИЯ ДО АБСУРДА

В.А. Микрюков

Кандидат юридических наук, ст. преподаватель кафедры гражданского права Московской государственной юридической академии, 123995, г. Москва, ул. Садовая - Кудринская, д.9

Г.А. Микрюкова

Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Московской государственной юридической академии, 123995, г. Москва, ул. Садовая - Кудринская, д.9

Авторы анализируют внесенные в закон «Об акционерных обществах» изменения, касающиеся взаимоотношений акционеров в связи с концентрацией пакетов акций, на предмет их соответствия основным началам гражданского законодательства. Сделан вывод о необоснованном с позиций ст.1 ГК РФ ограничении вновь принятыми нормами прав миноритарных акционеров, а также об ущемлении прав держателей крупных пакетов акций ввиду несовершенства этих норм.

Ключевые слова: основные начала гражданского законодательства, миноритарные акционеры, концентрация пакетов акций

Федеральным законом от 05.01.2006 №7-ФЗ в закон «Об акционерных обществах» введена глава XI.1 «Приобретение более 30 процентов акций открытого общества» [8]. Довольно оправданными выглядят цели, для достижения которых принимался указанный закон: противодействие участвовавшим в последнее время недружественным поглощениям и защита миноритарных акционеров. Как видно из содержания новой главы закона «Об акционерных обществах», законодатель решил бороться за права акционеров путем введения системы ограничений их гражданских прав. При этом существенно ущемленными оказались не только права миноритарных акционеров – произошло необоснованное вторжение и в интересы держателей крупных пакетов акций.

Сразу оговоримся о бесперспективности отстаивания идеи невозможности принудительного прекращения гражданских прав и наложения на участников гражданского оборота не отвечающих их воле обязанностей как противоречащей п. 2 ст. 1 ГК РФ, в которой прямо допускается такая возможность для достижения общего блага.

Следует признать, что сам по себе факт установления законом ограничений гражданских прав нельзя рассматривать как бесспорное зло, поскольку многие из них действительно преследует законную цель достижения общих для акционерных обществ и их акционеров, и в то же время полезных государству интересов. Например, вполне разумными и соответствующими обозначенным законодателем целям можно признать положения ст. 84.7. Закона «Об акционерных обществах», предоставляющие миноритарным акционерам, утратившим возможность или интерес эффективно участвовать в управлении обществом и распределении его прибыли, право потребовать выкупа по справедливой цене принадлежащих им акций акционером, получившим в свое распоряжение более 95 процентов акций открытого акционерного общества.

Вместе с тем, отдельные новеллы закона представляются нарушающими баланс частных и публичных интересов в регулировании акционерных отношений. Примером норм, вызывающих вопиющий дисбаланс интересов отдельных групп акционеров, является ст. 84.8. данного закона (зеркальное отображение упомянутой выше

ст. 84.7.), позволяющая лицу, которое при соблюдении ряда нехитрых процедур приобрело более 95 процентов акций открытого акционерного общества, принудительно выкупить у оставшихся акционеров принадлежащие им акции. Целевое назначение данной статьи понятно, и остается лишь сожалеть, что даже Конституционный суд РФ в Определениях от 03.07.2007 №681-О-П, №713-О-П, №714-О-П [9] признал ее содержание конституционным, системой красивых слов изложив короткую, но звучащую как выстрел в конституционный принцип неприкосновенности собственности мысль: принудительный выкуп акций у миноритарного акционера не нарушает его права, поскольку этот акционер миноритарный и к тому же вправе влиять на цену выкупаемых у него акций. Напомним лишь, что в соответствии со ст. 1 ГК РФ гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Именно это положение позволяет нам считать сбалансированным ограничение права преобладающего акционера в виде наложения на него обязанности выкупить по справедливой цене акции миноритарного акционера, ставшего в результате концентрации 95 процентов акций в одних руках фактически устраненным от участия в делах акционерного общества. Именно эти законодательные координаты точки соразмерности ограничений гражданских прав заставляют нас понять разницу между принудительным выкупом государством у частного собственника земельного участка для строительства автомагистрали и принудительным выкупом акций открытого акционерного общества у миноритарного акционера, который одним своим существованием в реестре акционеров мешает владельцу 95 процентов акций этого общества беспрепятственно осуществлять свои права.

Ссылки на то, что миноритарные акционеры зачастую злоупотребляют своими

правами или даже осуществляют корпоративный шантаж здесь не уместны. В таких случаях нет необходимости лишать акционера принадлежащих ему акций. В ст. 10 ГК РФ для борьбы с подобными злоупотреблениями предусмотрен более гибкий механизм, который в настоящее время вошел в арсенал судов. Так, в постановлении Девятого апелляционного суда от 01.02.2005 по делу №09АП-5935/04-ГК содержатся знаковые положения, явно свидетельствующие о понимании судами проблемы создания миноритариями необоснованных помех для нормального функционирования акционерного общества и готовности судей разрешать корпоративные конфликты, исходя не из буквального до буквоедства толкования закона, а из необходимости защиты нарушенных прав, если они ущемлены не только формально, а испрашиваемый истцом способ защиты способен их восстановить. В указанном постановлении, в частности, говорится: «поскольку истцы требуют обязать общество предоставить им все имеющиеся документы с момента создания, в том числе те, которые не связаны с реализацией прав акционеров (все договоры, свидетельства, внутренние документы, протоколы общих собраний акционеров и заседаний совета директоров, информацию о размере вознаграждений членов совета директоров, главного бухгалтера, генерального директора, информацию о контрагентах общества по действующим договорам и т.д.), а истцы в совокупности обладают менее чем 1 процентом акций и не указали цель получения документов общества, судебная коллегия, руководствуясь ст. 71 АПК РФ, ст. 10 ГК РФ, усматривает в действиях истцов злоупотребление правом, а потому в удовлетворении иска должно быть отказано» [3. С. 401-402]. По другому делу истцам, обладающим в общей сложности 0,3 процента голосующих акций, которым не были направлены извещения о проведении общего собрания акционеров и о наличии у них права требовать выкупа акций, Президиумом ВАС РФ было отказано в иске о признании недействительным решения внеочередного собрания акционеров о реор-

ганизации общества, поскольку нарушения, связанные с неизвещением истцов о собрании и непредставлении им бюллетеней для голосования, не были квалифицированы как существенные. Нижестоящие суды, разрешавшие дело в пользу миноритариев, опирались на п. 8 постановления Пленума Верховного суда РФ №4 и Пленума ВАС РФ №8 от 02.04.1997 «О некоторых вопросах применения ФЗ «Об акционерных обществах» [2]¹, которым неизвещение акционера о дате проведения общего собрания, а также несвоевременное предоставление бюллетеней для голосования отнесены к числу нарушений закона, могущих служить основанием для удовлетворения исков о признании недействительным решения общего собрания акционеров. Президиум ВАС РФ в Постановлении от 26.11.2002 №1489/02 сформулировал правовую позицию о недопустимости абстрактной оценки существенности нарушений закона вне связи с их последствиями, сделав вывод по рассматриваемому делу о несущественности нарушений при проведении общего собрания акционеров, поскольку они не повлекли убытков для акционеров, не помешали реализации их права на выкуп акций, а голосование истцов на собрании не могло повлиять на результаты принятых решений [4]. Слабым аргументом в пользу посягательства на право собственности акционера является и довод о том то, что значительная часть недобросовестных корпоративных захватов осуществляется с использованием процедуры внеочередного общего собрания, проводимого миноритарными акционерами. Эту проблему вполне разумно решать путем введения в законодательство института предварительного судебного (или иного государственного) контроля за проведением внеочередного общего собрания акционеров, инициируемого миноритарными акционерами, как это было предложено в Концепции развития корпоративного законода-

¹ Данное Постановление утратило силу, но аналогичное правило установлено в п. 24 заменившего его Постановления Пленума ВАС РФ от 18.11.2003 №19 «О некоторых вопросах применения ФЗ «Об акционерных обществах».

тельства, разрабатывавшейся Минэкономразвития РФ на период до 2008 г.

Немало представителей науки и практики выступают против выдавливания мелких акционеров из акционерных обществ. Не будем подробно пересказывать их аргументы, многие из которых заслуживают внимания и поддержки (см., например, [5; 7]). Обратим лишь внимание (дабы оправдать название статьи) на некоторые высказывания яркого сторонника принятия анализируемых норм закона В.А. Белова. Он называет две главные причины, по которым в случае столкновения прав и интересов миноритарных акционеров с интересами мажоритарных акционеров или акционерного общества правам и интересам последних должно быть отдано предпочтение. Первая причина, юридическая, заключается, по мнению В.А. Белова, в том, что «само понятие прав миноритарных акционеров является пустым и не может быть ничем иным просто по своей сути», эти права «на проверку оказываются чистой декларацией, фикцией, выдумкой». Вторая причина, политического свойства, коренится в личности российского миноритария: это «советские граждане самых разных профессий – доярки и военнослужащие, управленцы и грузчики, инженеры и слесари, многие из них – люди весьма почтенного возраста», которые получили акции «в ходе грандиозной аферы под названием приватизация, не внося в уставный капитал общества ни копейки», и которые не только не обладают знаниями в сфере экономики, финансов и юриспруденции для квалифицированного управления своими акциями, но и «не в состоянии отличить акцию от векселя» [1. С. 41]. Таким образом, В.А. Белов объявил, что мелкий пакет акций – это пустая собственность, акции – это имущество для умных, а население должно хранить деньги в сберегательных кассах. Из этих посылок автор делает совершенно закономерный, на его взгляд, вывод: в защиту интересов крупных и сильных интеллектуалов, пекущихся об акционерном обществе, у неразумного народа надо принудительно забрать пустые права, облагодетельствовать простой люд выпла-

той справедливой компенсации, которую надлежит отнести в надежный банк.

Не абсурд ли это? Ведь если последовательно идти по этому пути, то следует лишать граждан права собственности на старые сломанные вещи («зачем нужно субъективное право, осуществление которого ничего не дает, никакого интереса не удовлетворяет?» [1. С. 41]); отнимать у малограмотных имущество, требующее квалифицированного управления им («зачем нужен статус акционера человеку, который не понимает, что это такое?» [1. С. 41]); изымать вещи у одних собственников и передавать их другим, потому что последние располагают большими возможностями лучше позаботиться об этих вещах. Что же тогда останется от священного и неприкосновенного права собственности? Так ли пусты субъективные права миноритариев, как это видится В.А. Белову? Если за принудительно выкупаемые акции выплачиваются деньги, то, значит, акции все-таки способны удовлетворить интерес их обладателя хотя бы в момент расставания с ними. Так почему же этот момент акционер не вправе определить себе сам? При этом непонятно, в силу каких причин правовед В.А. Белов забывает о таких гражданско-правовых инструментах, как представительство или доверительное управление, которые юридически нивелируют недееспособность и некомпетентность участников гражданского оборота. Нет логики в том, что финансово-экономическая неподготовленность лица препятствует ему быть только мелким акционером, «мажоры» же по каким-то причинам презюмируются умными. Не выдерживает критики и обращение В.А. Белова в поддержку своей позиции к «приватизационному происхождению» прав миноритарных акционеров. Во-первых, нормы Закона «Об акционерных обществах» сформулированы для всех акционерных обществ, а не только для тех, которые созданы в процессе приватизации. Во-вторых, именно приватизация, отдав бесплатно простым людям крохи (поэтому они и миноритарии), создала богатство тем, кто претендует на абсолютное господство в акционерном об-

ществе. И последнее. В.А. Белов говорит о том, что права миноритариев надо приносить в жертву в случае их столкновения с интересами крупных акционеров и акционерного общества, не поясняя, в чем собственно это столкновение заключается. Представляется, что его нет вообще. Акционер, владеющий менее 5 процентами голосующих акций, ничем «мажорам» помешать не в состоянии. Последние способны принять любое решение в обществе, кроме как о преобразовании его в некоммерческое партнерство, что явно не может считаться заслуживающим особой защиты интересом. Если оценивать акции, не образующие более чем пятипроцентный пакет, как пустышку, то тем более нельзя рассуждать ни о каком реальном столкновении интересов. Бороться же с вымышленными акционерными антагонизмами так же абсурдно, как отнимать у всех охотников ружья только потому, что кто-то из них может выстрелить в человека.

Помимо серьезного ущемления прав миноритариев анализируемые нормы закона в силу их недостаточной четкости порождают необоснованные ограничения прав мажоритарных акционеров при осуществлении возложенной на них обязанности по выкупу акций.

Согласно п. 1 ст. 84.2. Закона «Об акционерных обществах» «лицо, которое приобрело более 30 процентов общего количества акций открытого общества, указанных в пункте 1 статьи 84.1 настоящего Федерального закона, с учетом акций, принадлежащих этому лицу и его аффилированным лицам, в течение 35 дней с момента внесения соответствующей приходной записи по лицевому счету (счету депо) или с момента, когда это лицо узнало или должно было узнать о том, что оно самостоятельно или совместно с его аффилированными лицами владеет указанным количеством таких акций, обязано направить акционерам – владельцам остальных акций соответствующих категорий (типов) и владельцам эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в такие акции, публичную оферту о приобретении у них таких ценных бумаг (далее – обязатель-

ное предложение)». Если до принятия этих норм в соответствии со ст. 80 закона «Об акционерных обществах» особые правила, связанные с приобретением более 30 процентов акций открытого общества, распространялись лишь на общества, число акционеров которых превышало 1000, то теперь они действуют в отношении всех открытых обществ вне зависимости от количества владельцев их акций. Это обстоятельство позволяет некоторым государственным органам требовать реализации положений главы XI.1 по методу доведения до абсурда, что ярко иллюстрируется следующим примером.

В ситуации, когда открытое акционерное общество состоит из одного акционера – ООО «Жилищная инвестиционная компания» и этот единственный акционер продает 50 процентов акций другому лицу – ООО «Промнефтесервис», Федеральная служба по финансовым рынкам, ссылаясь на ст. 84.2. закона «Об акционерных обществах», выдает покупателю 50 процентов акций этого акционерного общества предписание о необходимости направления в общество и в соответствующее подразделение службы обязательного предложения – публичной оферты о приобретении у второго акционера оставшихся у него 50 процентов акций.

Учитывая, что в соответствии с п. 6 ст. 84.2. с момента приобретения более 30 процентов акций открытого общества и до даты направления в общество обязательного предложения покупатель и его аффилированные лица имеют право голоса только по акциям, составляющим 30 процентов таких акций, а также принимая во внимание грозящую крупным штрафом новую ст. 15.28 Кодекса РФ об административных правонарушениях «Нарушение правил приобретения более 30% акций открытого акционерного общества», ООО «Промнефтесервис» формально исполняет предписание государственного органа и направляет требуемое обязательное предложение.

Заручившись от второго акционера общества – продавца 50 процентов акций – письменным отказом от продажи оставшихся 50 процентов акций, ООО «Промнефте-

сервис» не прикладывает к предложению банковскую гарантию, предусмотренную п. 3 ст. 84.2. ФЗ «Об акционерных обществах». Несмотря на очевидную нецелесообразность представления банковской гарантии, Федеральная служба по финансовым рынкам настаивает на исполнении предписания и направлении обязательного предложения в точном соответствии с буквой закона. Не были приняты во внимание и доводы ООО «Промнефтесервис» о невозможности исполнения предписания в указанный в нем срок по не зависящим от него обстоятельствам. Так, выполнение условий банков РФ для получения банковской гарантии на сумму, исчисляемую сотнями миллионов рублей, практически неосуществимо в связи с чрезмерно высокой стоимостью услуг банка по предоставлению гарантии. Кроме того, существенным условием получения банковской гарантии является предоставление обеспечения в виде денежного депозита и залога недвижимого имущества или высоколиквидных активов в виде ценных бумаг на непомерно высокую сумму. Также необходимо предоставление личного поручительства собственников ООО «Промнефтесервис» на всю сумму гарантии. Срок рассмотрения банками РФ заявок о предоставлении банковской гарантии может составить несколько месяцев.

На момент написания настоящей статьи государственным органом еще не принято решение о наложении на ООО «Промнефтесервис» штрафа за неисполнение предписания, но соответствующее административное дело возбуждено и вероятность такого решения очень высока.

Представляется, даже буквальное толкование п. 1 ст. 84.2. закона «Об акционерных обществах» позволяет понять, что лицо, которое приобрело более 30 процентов общего количества акций открытого акционерного общества, обязано направить обязательное предложение только акционерам – владельцам остальных акций, т.е. акционерам, которые не участвовали в сделке по приобретению соответствующего пакета акций. На наш взгляд, вполне очевидно, что положения главы XI.1 ФЗ «Об акционерных

обществах» не должны распространяться на случаи приобретения более 30 процентов акций общества у его единственного акционера. Учитывая описанный пример правоприменения, этот случай должен быть включен в предусмотренный п. 8. ст. 84.2 закона перечень обстоятельств, при которых требования данной статьи исполнению не подлежат.

В заключение хотелось бы еще раз подчеркнуть, что неверно выбранные режим, объём, характер ограничений способны существенным образом повлиять на результат, к которому стремился законодатель. Безоговорочно ставя во главу угла эффективность управления акционерным обществом как защищаемую ценность либо устанавливая жесткие процедуры без какой-либо дифференциации их применения в различных акционерных обществах, законодатель вызывает дисбаланс в объеме прав акционеров, общества и государства.

Библиографический список

1. *Белов В.А.* Вытеснение миноритарных

акционеров: произвол «мажоров» или новый институт российского акционерного права / В.А. Белов // Законодательство. 2005. №2.

2. *Вестник ВАС РФ.* 1997. №6.
3. *Вестник ВАС РФ.* 2004. №1.
4. *Вестник ВАС РФ.* 2003. №3.
5. *Гуреев В.А.* Принудительный выкуп акций в контексте предстоящей реформы корпоративного законодательства / В.А. Гуреев // Налоги. 2006. № 8.
6. *Добровольский В.И.* Применение корпоративного права: практ. пособие для корпоративного юриста / В.И. Добровольский. М. Волтерс Клувер. 2008.
7. *Осипенко О.* О перспективах вытеснения миноритарных акционеров из российских компаний / О. Осипенко // Слияния и поглощения. 2004. №9.
8. *Собрание законодательства РФ* от 09.01.2006. №2.
9. *Собрание законодательства РФ* от 12.11.2007. №46. (текст неопубликованных определений взят из СПС «Консультант-Плюс»).

LIMITATIONS OF SHAREHOLDERS' RIGHTS THROUGH REDUCING THE ISSUE TO AN ABSURDITY

V.A.Mikruykov, G.A.Mikruykova

Moscow State Law Academy, 9 Sadovaya-Kudrinskaya str., Moscow . 123995

The authors analyze the changes introduced to the law 'On Joint-Stock Societies' which deal with the interrelations between the shareholders in connection with the blocks of shares' concentration. The correspondence of these changes to the basics of civil legislation is in the focus of the authors' attention. The conclusion has been made that because of their imperfection the newly adopted regulations introduce unreasonable limitations of the minority shareholders' rights as well as the impairment of the principal shareholders' rights which does not correlate with Article 1 of the Civil Code of the Russian Federation.

Keywords: fundamentals of the civil legislation, minority shareholders, concentration of the holding of shares

**ОБЯЗАТЕЛЬСТВО ПО ПОРУЧИТЕЛЬСТВУ:
НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ****К.Н. Предеин**

Кандидат юридических наук, руководитель филиала Тюменского государственного университета в г. Шадринске, 641870, Курганская обл., г. Шадринск, ул. К.Маркса, 82

В первой части статьи через исследование структуры сделки, лежащей в основе обязательства по поручительству автор приходит к выводу об идентичности способа конструирования отношений участниками условных коммутативных, алеаторных, страховых обязательств и обязательства по поручительству. Во второй части статьи автор выдвигает гипотезу, что после заключения договора поручитель несет бремя риска последствий наступления случая (неисправность должника по основному обязательству) в виде самостоятельной обязанности осуществить кредитору выплату определенной суммы как результата добровольной (договорной) локализации (распределения) чужих убытков в своей имущественной сфере.

Ключевые слова: поручительство, сделки, неисправность должника, убытки

В этой статье автор не стремится повторить известные теоретические выкладки, раскрывающие понятие поручительства и основания ответственности поручителя, он не пытается критиковать такие распространенные в современной литературе утверждения, что, поручительство просто по своей сути, так как поручитель обещает заменить основного должника в случае его неисправности и т.п. Мы попробуем остановиться на куда более тонких и опасных утверждениях, будто обязательство по поручительству возникает из условной сделки, а его исполнение строится на началах риска.

**Сделка как основание возникновения
обязательства поручителя**

В абзаце первом ст. 361 ГК РФ закреплено, что по договору поручительства поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части. Анализ данной правовой нормы позволяет сделать как минимум два вывода. Во-первых, основанием возникновения обязательства поручителя является договор (п. 2 ст. 307 ГК РФ), заключенный поручителем с кредитором третьего лица, т.е. двустороннее соглашение (п. 1 ст. 420 ГК РФ).

Во-вторых, обязательство по поручительству ограничивается ответственностью поручителя за исполнение третьим лицом (должником) обязательства в пользу его же кредитора. Следовательно, законодатель ведет речь о сложной правовой модели, состоящей из трех взаимосвязанных линий правоотношений: «кредитор – поручитель», «должник – кредитор» и «поручитель – должник». Если принять во внимание, что эти связи, оставаясь довольно стабильными, сосуществуют исторически длительный период времени (см., например [4. С. 478, 559–560]), то можно утверждать, что перед нами специфическая юридическая конструкция¹ – «поручительство», названная так законодателем по одному из способов обеспечения исполнения обязательств (п. 1 ст. 329 ГК РФ). Данная гражданско-правовая конструкция всецело относится к сфере обязательственного права. Обратимся к двум ее простейшим элементам, а именно связям, выраженным обязательствами «кредитор – поручитель» и «должник – кредитор».

Обязательство «должник – кредитор» может быть основано на любом договоре, более того, быть внедоговорным, а также может возникать из иных оснований, ука-

¹ О понятии юридической конструкции см., например, [11. С. 33].

занных в ГК РФ, ибо каких-либо оговорок на этот счет в положениях, регулирующих способы обеспечения исполнения обязательств, и в частности поручительства, не имеется [4. С. 578].

Как выше было отмечено, основанием возникновения обязательства «кредитор – поручитель» является двустороннее соглашение (договор). Особенность договора поручительства видится в том, что его стороны ставят возникновение своих прав и обязанностей в зависимость от наступления определенного юридического факта – неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства (п. 1 ст. 363 ГК РФ), названного нами «должник – кредитор». Другими словами, для начала действия соглашения о поручительстве необходимо наступление обусловленного обстоятельства, в отношении которого сторонам договора достоверно неизвестно, наступит оно или нет. Но сделка, стороны которой поставили возникновение прав и обязанностей в зависимость от такого обстоятельства, считается совершенной под отлагательным условием (п. 1 ст. 157 ГК РФ). Значит ли это, что в основе поручительства лежит сделка, совершенная под отлагательным условием? Ведь указанное условие в поручительстве является конститутивным элементом обязательства поручителя, или, как отмечается в литературе, сама суть отношений поручителя и кредитора (и соответственно закон) обуславливает возникновение прав и обязанностей неисправностью должника [8. С. 90]. Считают также, что условие, о котором идет речь в ст. 157 ГК РФ, представляет собой не что иное, как оговорку, присоединенную сторонами к главной (основной) сделке. Такая сделка может существовать и при отпадении условия [9. Т. 2. Полутом 2. С. 171–172], что, конечно же, невозможно при поручительстве. Поэтому можно предположить, что неисправность должника в отношениях по поручительству и условие, о котором идет речь в п. 1 ст. 157 ГК РФ, – это совершенно разные по природе и функциональному предназначению категории. Является ли такой вывод окончательным и безапелляционным?

Поиск ответа на поставленный вопрос рождает спор о необходимости причислять алеаторные и страховые сделки к условным в связи с тем, что наступление правового результата по ним ставится сторонами в зависимость от определенного обстоятельства в будущем. Так, Г.Ф.Шершеневич и ряд других ученых полагали, что договор страхования является условной сделкой, так как обязанность страховщика уплатить сумму денег, равную понесенному ущербу, стоит в зависимости от наступления предусмотренного события [26. С. 449]. Другие держались той точки зрения, что считать страховой договор условной сделкой нельзя. Например, В.И.Серебровский относил условие, указанное в ст. 157 ГК РФ, к случайным частям сделки (добавочное соглашение), в отличие от условия в страховом договоре, которое классифицируется им как существенная необходимая часть договора (*essentiale negotii*) [24].

В современной литературе мнение В.И.Серебровского, по-видимому, разделяет, Б.М.Гонгало, который – как было отмечено выше – использует тот же аргумент для разграничения понятий «сделка по поручительству» и «условная сделка». В свою очередь, И.В.Кривошеев отмечает еще один специфический признак, разграничивающий алеаторные и условные договоры. Ученый полагает, что в условном договоре условие относится ко всем встречным обязательствам сторон, а в алеаторном случайное или вероятное обстоятельство ставит под сомнение возможность и объем наступления основного обязательства, но не подвергает сомнению существование и обязанность исполнения встречного к нему обязательства по уплате определенной денежной суммы – взноса, ставки, стоимости лотерейного билета². Иными словами, ненаступление, например, отлагательного условия прекращает заключенный под него договор в от-

² Необходимо отметить, что И.В.Кривошеев условно делит правоотношение по страхованию на две части: алеаторную (рисковую), связанную с возможностью наступления и размером обязанности страховщика реализовать страховой интерес путем уплаты страховой суммы, и не связанную с риском обязанность страхователя выплачивать страховую премию, существующую независимо от наступления или ненаступления страхового случая [3. С. 152].

личие от ненаступления условия в алеаторном договоре, который продолжает действовать в отношении проигравшей (пропорившей) стороны в части невозвращения ей сделанных взносов, ставок и т.п.

Между тем, М.И. Брагинский утверждает, будто по своей конструкции алеаторные договоры – разновидность условных сделок [4. С. 394]. Объясняется эта позиция тем, что сведение «условности» к одному лишь «существованию договора» фактически означает безосновательное ограничение действия ст. 157 ГК РФ [5. С. 23]. По мнению ученого, условный характер, например, в договорах об играх и пари выражается в том, что права одной стороны и обязанности другой, связанные с выплатой выигрыша, предполагают для их возникновения, помимо заключения договора, еще один юридический факт – наступление указанного в договоре обстоятельства. Таким образом, подчеркивается специфика конструирования сторонами возникающих между ними гражданских правоотношений.

Действительно, суть обычных (безусловных) двусторонних сделок видится в их цельности, решительности и бесповоротности, т.е. данные юридические акты, как правило, незамедлительно влекут за собой соответствующий правовой результат. Основная масса таких сделок является эквивалентно-меновыми (коммутативными). При этом лица, вступающие в обязательственные правоотношения, сами определяют, кто из них станет кредитором, а кто должником. Одновременно в соответствии со ст. 157 ГК РФ, стороны коммутативного соглашения могут поставить наступление правового результата по сделке в зависимость от наступления обстоятельства, относительно которого участникам сделки неизвестно, наступит оно или нет. Но для чего сторонам усложнять состав сделки?

Присоединяя к составу сделки дополнительный элемент в виде условия, стороны тем самым придают юридическое значение своим целям, расчетам вступления в сделку, так как в обычных условиях шаблонности сделки с ее раз и навсегда установившимся юридическим казуальным формализмом [14. С. 154; 20. С. 226] мотив лица, заключившего сделку, не имеет правового значе-

ния (абз. 2 п. 1. ст. 178 ГК РФ). Как известно, мотив вступления в договорные отношения может быть различен: это, например, тщеславие, человеколюбие, желание обогащения, сохранения имущества от его повреждения, уничтожения и т.п. Так, мотивом участия в игре или пари является стремление к обогащению без достаточного на то экономического основания либо удовлетворение личных неимущественных потребностей, например, через искусственное создание специфической эмоциональной атмосферы – азарта [2. С. 79–80, 83–84]. Другой мотив, а именно страх потерять имущество от какой-то конкретной опасности, а также стремление предпринимателя получить возможный барыш, представляющий собой остаток по результатам вознаграждения убытков, понесенных от несчастного случая [19. С. 683], формируют отношения по страхованию. Желание кредитора обеспечить надлежащее исполнение обязанностей должником в соответствии с достигнутой договоренностью, т.е. страх наступления неисправности должника при передаче имущества, выполнении работы, уплате денег и т.п. (п. 1 ст. 307 ГК РФ), формируют отношения по поручительству. Кредитор, опасаясь не получить должного по сделке, стремится заручиться обещанием третьего лица (поручителя) выплатить ему при наступлении данного обстоятельства денежную сумму, равную объему ответственности должника по основному обязательству (п. 2 ст. 363 ГК РФ). У поручителя мотив может быть любой, начиная от личных неимущественных отношений, связывающих его с должником, и заканчивая каким-либо предпринимательским расчетом. И тем не менее во всех перечисленных случаях конкретное обстоятельство, которое может возникнуть в будущем и повлиять на права и обязанности сторон, свидетельствует о мотивах заключения сделки. Через условие об этом обстоятельстве воля человека определяется не решительно, а только с известными ограничениями: наступят такие-то обстоятельства – воля лица такая; не наступят – она другая [19. С. 220].

Вместе с тем наступление или ненаступление обусловленного обстоятельства в сделке может повлечь для ее сторон

различные правовые последствия. Например, нереализация отлагательного условия, т.е. ненаступления обстоятельства, с которым стороны связывают осуществление своих прав и обязанностей по коммутативной сделке, может привести к отмене воли по заключению данной сделки (не хочу, чтобы состоялся юридический эффект, был достигнут правовой результат). В алеаторных договорах условленное случайное обстоятельство, факт его наступления или ненаступления, может повлечь за собой перераспределение прав и обязанностей сторон вплоть до перемены таковых в обязательстве [5. С. 24]. Так, при наступлении страхового случая страховщик из кредитора становится обязанным лицом, а страхователь из должника превращается в верителя. По наступлению обусловленного спором обстоятельства один становится кредитором (победитель), другой – должником (проигравший). Хотя при ином результате все могло быть наоборот.

Резюмируем изложенное. Участники как коммутативного, так и алеаторного обязательств заключают сделку (первый юридический факт), содержащую все необходимые для ее действительности элементы, очерчивают согласно специфике соответствующего обязательства взаимные права и обязанности, но переносят юридический эффект в будущее, привязывая его к определенному событию (второй юридический факт). Последствия наступления второго юридического факта для прав и обязанностей участников условной сделки определяются первым юридическим фактом – условиями договора, на основании которого и возникает коммутативное или алеаторное обязательство. Поэтому утверждение М.И. Брагинского о том, что алеаторный договор представляет собой разновидность условной сделки, вызывает определенное сомнение. Пожалуй, здесь нет разновидности условной сделки, но присутствует единый прием конструирования правоотношений. Стороны для достижения разных результатов используют один и тот же способ: вводят в состав сделки осложняющий договорные правоотношения дополнительный элемент – условие, наступление или ненаступление которого может отменить

права и обязанности сторон по сделке, подтвердить, изменить или перераспределить их. В поручительстве, страховании, играх и пари, других условных сделках его наступление имеет вероятностный (случайный характер). Это обстоятельство относится к будущему времени, и с его наступлением (ненаступлением) лица связывают вполне определенные последствия в виде того, что каждое из них должно или может сделать по отношению друг к другу (требовать, исполнить и т.п.). При этом не важно, является ли условие произвольным (любым) или на него указывает законодатель, ибо при таком подходе необходимо вести речь лишь о диапазоне возможного выбора, а не о специфике конструирования сторонами правоотношений.

В связи с изложенным считаем неточным утверждение И.В. Кривошеева о том, что в алеаторных сделках случайное или вероятное обстоятельство ставит под сомнение возможность и объем наступления основного обязательства, но не подвергает сомнению существование и обязанность исполнения встречного к нему обязательства. На самом деле наступление (ненаступление) обстоятельства, о котором ведется речь, лишь определяет, кто будет кредитором, а кто должником. Им может быть любой – поэтому такое обязательство попадает в категорию алеаторных. Так, в соответствии с договором страхования страхователь обязан уплатить страховщику страховую премию, а последний имеет право требовать исполнения данной обязанности. Обязательство же страховщика по выплате страхового возмещения связывается с наступлением в будущем предполагаемого события. Немаловажное значение здесь имеет отсутствие эквивалентности: если событие не наступает, то риск возникновения убытков (расходы по выплате страховой премии) принимает на себя страхователь; если обусловленное событие наступает, риск убытков (расходы по выплате страхового возмещения) переносится на страховщика.

Как и в страховании, в поручительстве наступление в будущем предполагаемого события (неисправность должника) вызывает к жизни неэквивалентную обязанность поручителя в виде уплаты кредитору опре-

деленной денежной суммы. Причем выплачивается она за противоправное действие постороннего для поручителя третьего лица – должника.

В качестве косвенного доказательства признания за сделками страхования, алекторными, а также поручительством, условного характера является наличие в правоотношениях сторон, «нерешительного состояния» (по терминологии Д.И. Мейера [19. С. 220]) или «юридической связанности» (по версии Б.М. Гонгало, который допускает лишь подобие поручительства в условной сделке), когда одно лицо (кредитор) считается условно управомоченным, а другое (поручитель) – условно обязанным. Содержание юридической связанности Б.М. Гонгало видит в том, что стороны договора не могут отказаться в одностороннем порядке как от договора, так и от обязательства, которое может быть возникнет на его основе. В этом и состоит юридический, по мнению Б.М. Гонгало, эффект договора поручительства (до нарушения должником основного обязательства) [8. С. 90–91]. Однако ученый не поясняет, чем вызван этот юридический эффект, каковы его причины. Полагаем, что он связан именно с «условностью» сделки, лежащей в основе обязательства по поручительству.

Обратимся к некоторым характеристикам «нерешительного состояния» в условных сделках. Например, Д.И. Мейер относит начало условной сделки к моменту наступления условия, когда все юридические действия, предварительно совершенные по поводу ее заключения, выходят из нерешительного состояния и получают полное юридическое значение: «принимается обыкновенно, что, когда условие наступает, сделка считается существующей с момента ее заключения, так что наступление условия оказывает обратное действие. И это совершенно сообразно существу условия» [19. С. 220]. Г.Ф. Шершеневич считает, что «...отлагательное условие устанавливает юридическое отношение с момента его назначения, но однако так, что некоторые последствия наступают немедленно по соглашению, а другие, – предположенные сторонами, – только с наступлением условия» [26. С. 164–165]. По этому же поводу при-

ведем мнение В.С. Ема: «...с момента заключения сделки под отлагательным условием стороны состоят в правовой связи и с этого момента не допускается произвольное отступление от соглашения и совершение условно обязанным лицом действий, создающих невозможность наступления условия» [9. Т. 1. С. 340]. О.А. Красавчиков же не просто констатирует факт наличия, но объясняет, полемизируя с И.Б. Новицким, природу «нерешительного состояния», «юридической связанности» в условных сделках. Он указывает на данное состояние как на результат вспомогательного правоотношения, возникающего в условной сделке на основании одного юридического факта – договора. Содержание данного правоотношения сводится к обязанностям (и соответствующим им правам) каждой из сторон не препятствовать (не содействовать) наступлению предусмотренного договором условия. При наступлении условия вспомогательное обязательство прекращается исполнением и на основе юридического состава – договора и факта наступления условия – возникает главное правоотношение, которое имелось в виду сторонами при заключении условной сделки [16. С. 110; 20. С. 229]. Такое объяснение возникновения «нерешительного состояния», «юридической связанности» наиболее точно, по нашему мнению, отражает специфику взаимоотношения сторон одновременно как в условной сделке, так и в поручительстве³. Действительно, состояние «юридической связанности», или «нерешительное состояние», сторон в отношениях по поручительству можно объяснить следующим: есть сделка (договор) по поручительству, в нем определены права и обязанности сторон (первый юридический факт); в состав сделки введено дополнительное условие, при наступлении которого эта сделка должна осуществиться (второй юридический факт); одновременно, на основании договора, стороны обязуются

³ Следует сказать, что в некоторых играх и пари, конечно, есть условия, согласно которым от действий самих сторон зависит наступление определенного обстоятельства. Но такие действия подпадают под категорию добросовестных, ибо они согласованы сторонами и поэтому положения п. 3 ст. 157 ГК РФ здесь применены быть не могут (см. об этом [2. С. 75–77]).

(вспомогательное правоотношение) не совершать никаких действий в отношении данного условия, т.е. вести себя «нейтрально» (наблюдать). При наступлении условия (неисправность должника) на основе юридического состава – договора и факта наступления условия – возникает правоотношение, которое имелось в виду сторонами при заключении договора поручительства.

Теперь обратимся к классификации условий договора (существенные, необходимые и случайные), т.е. к тому аргументу, что договор поручительства нельзя признать условной сделкой, так как неисправность должника рассматривается в качестве существенного, а не случайного его условия. Действие конструкции договора поручительства, когда третье лицо за свой счет удовлетворяет требование кредитора к должнику, можно наблюдать и без условия, относящегося к будущему времени. В таком случае речь идет о принятии на себя третьим лицом чужого долга (разновидность интерцессии) [9. Т. 2. Полутом 1. С. 75], об исполнении обязательства третьим лицом (п.2 ст. 313 ГК РФ). В поручительстве подобная обязанность третьего лица оговаривается заранее, но относительно обстоятельства (неисправность должника), которое может возникнуть в будущем. Потому такая договоренность оформляется письменно (ст. 362 ГК РФ), преследуя как минимум две цели, относящиеся к будущему времени: достижение необходимого юридического эффекта в виде удовлетворения обеспечительного интереса кредитора через беспрепятственную реализацию закрепленного в документе права и свидетельство для третьих лиц о факте существования правоотношений между кредитором и поручителем.

Кроме того, необходимо обратить внимание на относительный (вспомогательный) характер классификации условий договора – разделение их на существенные, необходимые и случайные. Так, в литературе неоднократно указывалось на то обстоятельство, что, вводя в договор условие, которое само по себе не является необходимым для данного вида договоров, стороны тем самым превращают его в существенное

(абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ) [10. Т. 1. С. 589]. Другое дело, что существенные условия договора могут быть подразделены на предписываемые законом (условия, необходимые для заключения договоров данного вида) и инициативные (сами по себе не требуются для заключения договора, но включены в него по желанию сторон) [9. Т. 2. Полутом 1. С. 75]. При такой внутренней классификации существенных условий договора можно говорить об особенности условия (наступление неисправности должника) в поручительстве, где оно предписано законом, и об аналогичном элементе в условных сделках, где условие может носить инициативный характер. В связи с этим интересна высказанная Д.И. Мейером характеристика условия в условных сделках. Он называет такое условие, наряду со сроком и обязательством, налагаемым на участника сделки, побочными определениями сделки. При этом ученый оговаривается, что «...иные из этих определений в некоторых сделках существенны, например, срок в сделке-найме, но не во всех, и потому в общем учении о юридических сделках можно считать их определениями сторонними» [19. С. 213]. Таким образом, вводится недвусмысленное допущение «побочного определения сделки» в качестве существенного ее условия. Поэтому наступление факта неисправности должника, являясь существенным (предписано законом) условием договора поручительства не способно само по себе устранить условный характер сделки (ст. 157 ГК РФ), лежащей в основе обязательства по поручительству.

Ответственность поручителя

Теперь обратимся к началу и содержанию ответственности поручителя (ст. 363 ГК РФ). Выше было отмечено, что основанием ответственности поручителя является юридический состав из двух юридических фактов: договора поручительства и состояния неисправности должника по обязательству. При наступлении последнего поручитель и должник несут перед кредитором солидарную ответственность (п.1 ст. 363 ГК РФ). Известно, что солидарная обязанность (ответственность) предполагает множественность лиц в обязательстве на стороне

должника (ст. 322, 323, 325 ГК РФ). Между тем, в конструкции поручительства речь идет как минимум о двух обязательствах – «должник – кредитор» и «поручитель – кредитор», возникающих из самостоятельных оснований (например, договоров). Именно данным обстоятельством объясняется то, что при множественности лиц на стороне кредитора в основном обязательстве договор поручительства, заключенный с одним из них предоставляет возможность только этому лицу предъявлять требования к поручителю в случае неисполнения со стороны должника. Кроме того, оказывается совершенно невозможным применить к должнику и поручителю (солидарным должникам, как следует из содержания ст. 363 ГК РФ), правило, предусмотренное подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК РФ, в том случае, если должник все-таки исполнит обязанность перед кредитором. У него никак не может возникнуть право регрессного требования к поручителю за вычетом доли, падающей на него самого, так как подобный вариант развития событий исключен самой природой отношений по поручительству. Отсюда возникает вопрос: несет ли поручитель гражданско-правовую ответственность или речь в данном случае идет о чем-то другом?

В специальной литературе обращается внимание на то, что в доктрине и законодательстве (ст. 363 ГК РФ) содержание понятия «ответственность поручителя» часто толкуется искаженно. Формально оперируя названием ст. 363 ГК РФ, ряд специалистов приходит к неверному выводу о том, что поручитель, как должник, не исполняющий свое обязательство, не несет перед кредитором никакой ответственности. В связи с чем предлагают название указанной статьи рассматривать как дань традиции, понимая ее в том смысле, что речь в ней идет о содержании обязательства, возникшего из договора поручительства и порядке его исполнения [4. С. 575–577]. Размышляя над этим предложением, можно вплотную подойти к проблеме понятия юридической ответственности в гражданском праве. И в частности, столкнуться с некогда широко обсуждавшимся в науке гражданского права вопро-

сом: что представляет собой гражданско-правовая ответственность, каковы основания ее возникновения? Наиболее подробно существо спора было исследовано в одном из фундаментальных трудов российской цивилистики, принадлежащем перу С.Н. Братуся, – «Юридическая ответственность и законность (очерк теории)». В указанной монографии автор обращает внимание на разработанную С.С. Алексеевым теорию разделения всех мер принуждения на меры защиты субъективных прав, обеспечения исполнения обязанностей и на меры ответственности, которые характеризуются новыми обременяющими лицо обязанностями в виде кары и наказания [6. С. 13]. Данная точка зрения в современной отечественной цивилистике получила наиболее широкое распространение (см., например, [15. С. 203, 204, 206–207; 12. С. 52]). Однако С.Н. Братусь не согласен с таким пониманием гражданско-правовой ответственности, так как считает такое определение связанным с ее излишней «криминализацией». Он исходит из того, что юридическая ответственность – это та же обязанность, но принудительно исполняемая, если лицо, на котором эта обязанность лежит, не исполнит ее добровольно.

Понятно, что выплата поручителем денег кредитору не является ни новой, обременяющей лицо обязанностью, ни той же самой принудительно исполняемой. Кроме того, гражданско-правовая ответственность, по общему правилу, закрепленному в ст. 401 ГК РФ, предполагает вину как упречное состояние психики правонарушителя, связанное с относительной волей индивида, «вариантностью» его поведения [6. С. 17]. Почему же тогда ст. 363 ГК РФ названа «Ответственность поручителя»⁴? Ведь, как обращает внимание В.В. Витрянский, в ней речь идет о порядке исполнения поручителем принятого на себя обязательства? Все верно. Дело в том, что в литерату-

⁴ Например, Е.А. Суханов полагает, что поручительство является исключением из общего правила гражданско-правовой ответственности, когда ответственность лица наступает и при отсутствии с его стороны правонарушения (см. об этом [9. Т. 1. С.439]).

ре по юридической ответственности бытует двойное представление о ней. В том смысле, в котором ее понимает, например, С.С. Алексеев и его последователи, она имеет значение ретроспективной (пассивной, негативной) ответственности, или, как формулирует С.Н. Братусь, является результатом реализации санкции правовой нормы за виновное поведение. Но о юридической ответственности можно говорить и в другом ключе – в смысле сознательного исполнения возложенной на себя обязанности, т.е. проспективной (активной, позитивной) ответственности. Сторонники такого понимания юридической ответственности (например, П.Е. Недбайло) исходят из того положения, что сердцевиной правовой нормы является диспозиция, а не санкция, т.е. речь идет в первую очередь о долженствовании, обязанности лица действовать правомерно [6. С. 17–18]. С позиции второй точки зрения название ст. 363 ГК РФ «Ответственность поручителя» выглядит совершенно оправданно, так как такое название и отражает именно то, на что обращает внимание В.В. Витрянский. Таким образом, говорить в указанном контексте о том, что название ст. 363 ГК РФ – это дань традиции, не приходится. Более точно, полагаем, было бы отметить, что такое название есть результат научной дискуссии по поводу содержания категории ответственности в гражданском праве.

Выше было отмечено, что поручитель не может рассматриваться в качестве солидарного должника по основному обязательству. Теперь, зная о «дуализме» в понимании гражданско-правовой ответственности, вновь обратимся к ст. 363 ГК РФ и сравним ответственность должника и поручителя. Факт неисполнения основного обязательства перед кредитором приводит к возникновению ретроспективной ответственности должника. Одновременно этот же факт вызывает к жизни проспективную ответственность поручителя – необходимость исполнения им добровольно возложенной на себя перед кредитором обязанности. Но разнохарактерность ответственности поручителя и должника вновь вызывает недоумение в ча-

сти попадания и той и другой в сферу солидарной ответственности, целиком относящейся к форме ретроспективной ответственности. Поэтому можно предположить, что солидарное обязательство возникает не по поводу исполнения основного обязательства (первоначального), а в связи с возникновением новой обязанности должника по возмещению убытков (производное)⁵.

Действительно, если для должника, не исполнившего или ненадлежащим образом исполнившего основное обязательство, на основании закона автоматически возникает новая обязанность в виде возмещения кредитором причиненных убытков (п. 1 ст. 363 ГК РФ)⁶, то для поручителя такая обязанность уже существует в силу принятого на себя договорного обязательства встать рядом с должником и возместить кредитором причиненный должником ущерб. Как поручитель, так и должник могут добровольно исполнить обязанность по возмещению кредитором причиненного неисполнением (ненадлежащим исполнением) основного обязательства. Причем, с точки зрения кредитора, ему все равно, к кому предъявлять требования – отдельно к поручителю или к должнику, или совместно к ним обоим – в полном объеме нанесенного ему ущерба или в любой его части. Главная и единственная цель – полное удовлетворение его требований. Но и такая конструкция не образует солидарной ответственности (обя-

⁵ С.Н. Братусь полагал, что возмещение убытков – новая обязанность, которая возникает при невозможности обеспечить исполнение нарушенной обязанности (см. об этом [6. С. 6]).

⁶ Н.Д. Егоров называет возмещение убытков формой гражданско-правовой ответственности (см. [10. Т. 1. С. 647–651]). Однако, по мнению С.Н. Братуся, общая обязанность всякого и каждого воздерживаться от причинения другому имущественного вреда по своей природе такая же, как и обязанность не совершать преступлений. Но после того как эта обязанность нарушена, возникает другая, уже не пассивная, не негативная, а активная обязанность возместить вред конкретному лицу – потерпевшему, восстановить нарушенное равновесие, привести имущественное положение потерпевшего в то состояние, в каком оно находилось до правонарушения. Исполнение этой обязанности добровольно прекращает возникшее правоотношение. При неисполнении эта обязанность реализуется в принудительном порядке. Вот это и есть ответственность (см. об этом [6. С. 88]).

занности) должников перед кредитором, ибо нет одного обязательства и нескольких должников по нему. Есть два обязательства со схожим предметом исполнения и два самостоятельных должника по ним.

Обязанность должника возместить убытки возникает при неисполнении им своего обязательства. Одновременно поручитель должен исполнить свое обязательство и предоставить кредитору денежную сумму, равную сумме ответственности должника по основному обязательству (п. 2 ст. 363 ГК РФ). Если поручитель не исполнил свое обязательство, у него возникает новое – возместить кредитору убытки, связанные с неисполнением принятого на себя обязательства (п. 1 ст. 393 ГК РФ). Теперь обязанности поручителя и должника по возмещению кредитору убытков, связанных с неисполнением принятых на себя обязательств, оказываются не просто схожими, но аналогичными. В ст. 363 ГК РФ на основании закона (ст. 322 ГК РФ) установлена солидарная ответственность поручителя и должника перед кредитором. Данное обстоятельство, но со ссылкой на ст. 1219 и 2025 ФГК вынудило еще К.П. Победоносцева говорить о полной и неполной солидарности [22. С. 103]. Но вопрос, почему закон предоставляет возможность взыскать с поручителя и должника солидарно, остается: ведь обязательства у них разные.

Возможно, законодатель увидел в отношениях «кредитор – должник», «кредитор – поручитель» одно обязательство? Предположим, что рассуждения на этот счет могли быть следующими. Поручитель в соответствии с договором поручительства обязуется исполнить обязательство должника по возмещению ущерба, т.е. нового обязательства. Таким образом, должник и поручитель обязаны вдвоем исполнить одно и то же обязательство – возместить ущерб кредитору. После неисправности должника возникает новое обязательство (возместить ущерб), где рядом с должником встает поручитель. И тот и другой могут добровольно исполнить перед кредитором данное обязательство. Возникает обязательство множественностью лиц на стороне должника. Если оно не исполняется, кредитор через соответствующий государственный орган

(суд) может взыскать с них солидарно. Таким образом, несколько лиц принимают на себя одну и ту же обязанность (одно в силу закона, другое – договора), не разделяя ее между собой, но так, что на каждом лежит та же обязанность во всей целости. Обязательство по возмещению ущерба кредитору единым и неделимым своим предметом объединяет вокруг себя нескольких лиц – должника и поручителя. Оба этих лица обязаны к одному и тому же, хотя основания возникновения такой обязанности различны [22. С. 100–103]. Пожалуй, подобное рассуждение позволило К.П. Победоносцеву говорить о поручительстве в римском праве как разновидности совместного вступничества (*interc. cumulativa*)⁷. Однако такое понимание конструкций отношений по поручительству, если оставить в стороне предположение об имеющей место фикции⁸, считаем слишком натянутым, более того – не соответствующим действительному положению вещей.

Для возникновения обязательства по возмещению убытков, связанных с нарушением обязательств, необходимо как минимум наличие таковых в имущественной сфере кредитора, их определение расчетным путем (п. 2 ст. 15, п. 2,3 ст. 393 ГК РФ). Кроме этого, по общему правилу, для возникновения обязанности по возмещению убытков, связанных с нарушением обязательства, необходимо установление вины должника (ст. 401 ГК РФ), или во всяком случае необходимо говорить о ее презумпции. Но из содержания п. 1 ст. 363 ГК РФ, следует, что для исполнения поручителем принятого обязательства достаточно наступления самого факта неисправности должника по основному обязательству. Сам собой напрашивается вывод, что поручитель отвечает за наступивший случай, т.е.

⁷ Хотя далее ученый утверждает, что поручитель не разделяет ответственности с должником, не солидарен с ним (разве бы именно к тому обязался) и стоит не возле него, а позади его и имеет свое особое основание ответственности (см. об этом [22. С. 287–288]). Данное утверждение соответствует общепринятому у дореволюционных романистов критерию отделения корреальных (солидарных) обязательств от аксессуарных, к которым и относится поручительство (см. об этом, например, [23. С. 413–414]).

⁸ О понятии фикции см., например, [17. С. 53–67].

объективно реализованный риск. А после заключения договора поручитель несет бремя риска последствий наступления данного случая в виде обязанности осуществить кредитору выплату определенной суммы как результат добровольной (договорной) локализации (распределения) чужих убытков в своей имущественной сфере [16. С. 410–411, 413–414, 416]. Такое понимание риска поручителя как правовой категории соответствует требованиям, предъявляемым в современной литературе⁹.

Известно, что одной из главных задач гражданского права является нормативное урегулирование вопросов распределения неблагоприятных последствий случая между сторонами договорных отношений [18. С. 42–53]. Более того, договаривающиеся лица посредством согласования условий договора могут направить свои усилия на изыскание возможности ограничения и исключения ответственности друг перед другом [13. С. 19–29]. При этом стороны обязательства могут обратиться к третьему лицу (поручителю) с тем, чтобы тот согласился принять на себя (добровольно возложить) все отрицательные последствия неисправности должника, в том числе связанные с риском случайной гибели объекта гражданских прав, риска случайной невозможности достижения результата договорных отношений и т.п. «Человек дает гарантийный документ за другого, естественно, допуская, что тот (другой) не сможет произвести оплату и он понесет потери. Это осознанное допущение, не опасность, не угроза, не обременение, не само событие и не вероятность ущерба – это риск» [21. С. 79]. Конечно, предложенное понимание риска очень близко к определению риска, существующему при заключении субъектом любого договора, ибо он более или менее осознает возможность невыполнения этого договора контрагентом. Кроме того, само

определение предпринимательской деятельности конструируется на понятии риска (ст. 2 ГК РФ). Но в данных примерах речь идет об экономическом понимании риска, связанного с возможностью получения прибыли (убытка), т.е. о выборе предпринимателем конкретного варианта действий в условиях рынка (модель поведения) [1. С. 364, 367, 401].

Понятно, что риск поручителя имеет иное значение. Он связан с добровольным созданием поручителем в своей имущественной сфере возможности безосновательно, т.е. совершенно неэквивалентно лишиться части имущества в результате случайного обстоятельства – наступления неисправности должника по основному обязательству. Обратившись к выводам В.А. Ойгензихта по поводу категории риска в гражданском праве вообще, положение вещей в поручительстве можно охарактеризовать так: поручитель, вступая в договорные отношения с кредитором, допускает, что к неисправности должника могут привести самые неожиданные, маловероятные события или действия, в том числе такие, вероятность возникновения которых приближается к нулю. Он допускает случайные неблагоприятные события (действия) вообще, независимо от степени их вероятности и конкретности [21. С. 82]. При этом имеет место лишь одно ограничение: они должны возникать в лице должника. Ведь на основании ст. 364 ГК РФ за поручителем сохраняется право на возражения против требования кредитора. А реализовать указанное право поручитель может только тогда, когда неисправность должника связана с личностью кредитора или не имеет отношения ни к личности кредитора, ни к личности должника (объективно случайное обстоятельство)¹⁰.

Библиографический список

1. *Архипов Д.А.* Опыт теории риска в договорном обязательстве / Д.А. Архипов // Актуальные проблемы гражданского права: сб. ст. / под ред. О.Ю. Шиловцова. М.: Норма, 2005. Вып. 9.

⁹ Риск – возможное причинение вреда частному лицу в результате воздействия определенной опасности с учетом вероятности причинения этого вреда этой опасностью (распределение вероятностей причиненных убытков) (см. [25. С. 28]). При этом следует помнить, что поручительством может обеспечиваться, по общему правилу, любое обязательство, неисполнение которого при определенных условиях может быть более или менее вероятным.

¹⁰ О характере «случайного обстоятельства» в гражданском праве см., например, [7. С. 69–70].

2. *Белов В.А.* Занимательная цивилистика: Очерки по небольшим, но небезынтересным вопросам гражданского права / В.А. Белов. М.: ЦентрЮрИнфоР, 2006. Вып. 3.
3. *Белых В.С.* Страхование право / В.С. Белых, И.В. Кривошеев. М.: Норма, 2001. (Краткие учебные курсы юридических наук).
4. *Брагинский М.И.* Договорное право. Книга первая: Общие положения / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Изд. 2-е, испр. М.: Статут, 1999.
5. *Брагинский М.И.* Правовое регулирование игр и пари / М.И. Брагинский // *Хозяйство и право*. 2004. №11.
6. *Братусь С.Н.* Юридическая ответственность и законность (очерк теории) / С.Н.Братусь. М.: Юрид. лит., 1976.
7. *Винавер А.М.* Арендная плата. Неосновательное обогащение и ст. 147 ГК / А.М. Винавер // *Антология уральской цивилистики. 1925–1989: сб. ст.* М.: Статут, 2001. С.69-70.
8. *Гонгало Б.М.* Учение об обеспечении обязательств / Б.М. Гонгало. М.: Статут, 2002.
9. *Гражданское право: учебник: в 2 т.* / отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., переаб. и доп. М.: Изд-во БЕК, 2000.
10. *Гражданское право: учебник: в 3 т.* / отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. 6-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2003. Т. 1.
11. *Гражданское право* / под ред. С.С. Алексеева. М.: Норма, 2004. (Краткие учебные курсы юридических наук).
12. *Гришин Д.А.* Неустойка: теория, практика, законодательство / Д.А. Гришин. М.: Статут, 2005.
13. *Дзюба И.* Условие договоров об ограничении и исключении ответственности / И. Дзюба // *Хозяйство и право*. 2003. №12.
14. *Дювернуа Н.Л.* Чтения по гражданскому праву. Т. 2: Учение о вещах. Учение о юридической сделке / Н.Л. Дювернуа. М.: Зерцало, 2004.
15. *Иоффе О.С.* Избранные труды: в 4 т. Т. I Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву / О.С. Иоффе. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003.
16. *Красавчиков О.А.* Категории науки гражданского права. Юридические факты в советском гражданском праве. Избранные труды: в 2 т. / О.А. Красавчиков М.: Статут, 2005. Т. 2.
17. *Кузнецова О.А.* Презумпции в гражданском праве / О.А. Кузнецова. 2-е изд., испр. и доп. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004.
18. *Ломидзе О.* Распределение неблагоприятных последствий случая между сторонами договорного обязательства: анализ законодательных решений / О. Ломидзе, Э. Ломидзе // *Хозяйство и право*. 2003. №8. С.42–53 и №9. С. 24–36.
19. *Мейер Д.И.* Русское гражданское право / Д.И. Мейер. М.: Статут, 2000.
20. *Новицкий И.Б.* Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. Т. I: Сделки. Исковая давность / И.Б. Новицкий. М.: Статут, 2006.
21. *Ойгензихт В.А.* Проблема риска в гражданском праве (общая часть) / В.А. Ойгензихт. Душанбе. 1972.
22. *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства / К.П. Победоносцев. М.: Статут, 2003.
23. *Покровский И.А.* История римского права / И.А. Покровский. М.: Статут, 2004.
24. *Серебровский В.И.* Избранные труды по наследственному и страховому праву. Очерки советского страхового права. Страхование. Гл. VI: Юридическая природа страхования. §2: Понятие страхового договора. [Электронный ресурс] (Классика российской цивилистики (специальное подарочное издание)). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» при поддержке издательства «Статут», 2005.
25. *Фогельсон Ю.* Конструкции «интерес» и «риск» в Гражданском кодексе / Ю. Фогельсон // *Хозяйство и право*. 2003. №6.
26. *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права / Г.Ф. Шершеневич. Тула: Автограф, 2001.

***OBLIGATION IN ACCORDANCE WITH THE CONTRACT
OF GUARANTEE: SOME QUESTIONS CONCERNING THE THEORY***

K.N. Predein

Branch of Tumen State University in the city of Shadrinsk, 641870, Kurganskaya Region, Shadrinsk,
Karla Marksa Street, 82

In the first part of the article by way of the research of the contract structure based on the obligation in guarantee the author comes to the conclusion about the identity of the means in construction the relationship between the participants conventional, aleatory, insurance obligations and obligations in accordance with the contract of guarantee. In the second part of the article the author puts forward his hypothesis, according to it - the guarantor after entering in to agreement (contract) bears the burden of risk the consequences of the malfunction of the debtor in basic obligation by the way of independent duty to realize the creditor to pay the definite sum as a result of contractual localization of extraneous losses (damages) in it's property sphere.

Keywords: guarantee, deals, unrecoverable debtor, losses

III. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДА В ОРГАНАХ ПРОКУРАТУРЫ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

Н.С. Ахметбаев

Соискатель кафедры трудового права и гражданского процесса
Казахского национального университета, Республика Казахстан, г. Алматы, пр. Аль-Фараби, 71.

Внимание автора сконцентрировано на вопросе о соотношении службы в прокуратуре и государственной службы в Республике Казахстан. Признается их различие в настоящем и предлагается видо-родовое соотношение в будущем.

Ключевые слова: государственная служба, прокуратура, Казахстан

Одной из многих целей, которую преследует Трудовой кодекс Республики Казахстан, является унификация норм, регулирующих трудовые отношения, посредством сведения их в один нормативный правовой акт с учетом принципа единства и дифференциации трудового законодательства. Большую озабоченность в этом плане вызывает отсутствие унифицированных правил применительно к отдельным категориям работников. Так, согласно ст. 257 Трудового кодекса Республики Казахстан труд лиц, состоящих на воинской службе, и работников правоохранительных органов регулируется настоящим кодексом с особенностями, предусмотренными специальными законами и иными нормативными правовыми актами Республики Казахстан, устанавливающими особые условия и порядок поступления на службу, ее прохождения и прекращения, особые условия труда, условия оплаты труда, а также дополнительные льготы, преимущества и ограничения. При этом Трудовой кодекс Республики Казахстан к лицам, состоящим на воинской службе, относит и лиц, проходящих службу в органах военной прокуратуры, а также лиц, состоящих на службе в органах прокуратуры Республики Казахстан. Из изложенного явствует, что дифференциация трудового законодательства как бы «двойная». Напри-

мер, нормы, касающиеся лиц, проходящих службу в прокуратуре, будучи результатом дифференциации, подлежат дальнейшей дифференциации, распространяемой на лиц, состоящих на службе в органах а) военной прокуратуры, б) прокуратуры Республики Казахстан. Сложность реализации изучаемой конструкции Трудового кодекса Республики Казахстан усугубляется тем обстоятельством, что в соответствии со ст. 9 закона Республики Казахстан от 21.12.95 «О прокуратуре» систему органов прокуратуры в нашем государстве образуют Генеральная прокуратура, прокуратуры областей и городов республиканского значения, межрайонные, районные, городские и приравненные к ним военные и другие специализированные прокуратуры.

Помимо «двойной» дифференциации законодательства, регулирующего трудовые отношения работников прокуратуры, вызывают интерес и возможности распространения на работников прокуратуры норм законодательства о государственной службе. Трудовой правовой аспект государственной службы в Республике Казахстан раскрыт, в частности, Б.Ж. Жумагуловым [1]. Он, как думается, довольно убедительно осветил правовой статус государственного служащего в сфере трудовых отношений и провел разграничение трудового и административного права в регулировании государственной службы. Вместе с тем ряд вопросов,

включая вопросы о работниках органов прокуратуры, остались не до конца решенными.

В содержании ст. 255 Трудового кодекса Республики Казахстан подчеркнуты особенности регулирования труда ряда категорий работников, включая государственных служащих. При этом особенности регулирования труда лиц, перечисленных в данной статье, адекватны тем особенностям, которые касаются работников, состоящих на воинской службе, и работников правоохранительных органов. Между тем о том, что нормы законодательства о государственной службе не могут распространяться на работников системы прокуратуры, сказано в нормативном постановлении Верховного суда Республики Казахстан от 19.12.03 «О некоторых вопросах применения судами законодательства при разрешении трудовых споров». В соответствии с п. 2 данного нормативного постановления трудовые отношения отдельных категорий лиц регулируются нормами специальных законодательных актов. При рассмотрении трудовых споров по отношениям, не урегулированным специальными нормами, судам надлежит руководствоваться общими нормами законодательства о труде [2]. Несмотря на принятие Трудового кодекса Республики Казахстан и вступлением его норм в действие с 1.06.2007, указанные нормативные положения Верховного суда не утратили юридического значения. Ведь Трудовой кодекс Республики Казахстан своими нормами, касающимися особенностей регулирования труда отдельных категорий работников, еще больше усилил значимость правил, установленных названным нормативным постановлением Верховного суда Республики Казахстан. В п. 2 этого постановления дан примерный перечень специальных законодательных актов. Если продолжить данный ряд, то логичным было бы включить в него и такие законы Республики Казахстан, как «О прокуратуре», «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», «Об органах национальной безопасности Республики Казахстан», «Об органах внутренних дел Республики Казах-

стан», «О всеобщей воинской обязанности и военной службе» и т.д. Из всего этого явствует, что относительно каждой отдельной категории работников действует специальный законодательный акт. Закон Республики Казахстан «О государственной службе» распространяется только на государственных служащих как отдельную категорию работников. Работники органов прокуратуры не относятся к такой категории. Нормы Трудового кодекса Республики Казахстан регулируют их трудовые отношения по принципу: наличие особой нормы исключает применение общей нормы.

В отношении прокурорских работников следует констатировать справедливость отсутствия в Реестре должностей административных государственных служащих, утвержденном указом Президента Республики Казахстан от 29.12.1999 [5], предусмотренных законом Республики Казахстан «О прокуратуре» должностей прокуроров, их заместителей, помощников и других. Однако в группе категории «С» указанного Реестра упомянуты «органы, непосредственно подчиненные и подотчетные Президенту». В ст. 1 закона «О прокуратуре» установлено, что Прокуратура Республики Казахстан – подотчетный Президенту Республики Казахстан государственный орган, регулирующий высший надзор за точным и единообразным применением законов, указов Президента Республики Казахстан и иных нормативных правовых актов на территории республики, за законностью оперативно-розыскной деятельности, дознания и следствия, административного и исполнительного производства. Следуя «букве закона», можно сделать вывод о том, что наличие свойства подотчетности Прокуратуры Республики Казахстан Президенту Республики Казахстан само по себе в отсутствие свойства подчиненности отрицает принадлежность работников органов прокуратуры к категории государственных служащих. Данный факт подтверждается и тем обстоятельством, что наименования должностей работников прокуратуры не вошли также в Перечень категории административных государственных должностей, утвержденный

указом Президента Республики Казахстан от 29.12.1999, и в Реестр должностей политических государственных служащих, утвержденный указом Президента Республики Казахстан от 29.12.1999. Характерно, например, то, что в Реестр должностей политических государственных служащих включены руководители государственных органов, непосредственно подчиненных и подотчетных Президенту Республики Казахстан, их первые заместители и заместители, но прямо указано – за исключением Генеральной прокуратуры, комитета национальной безопасности, службы охраны Президента Республики Казахстан, Республиканской гвардии.

Если обратиться к сравнительному правоведению, то надо заметить следующее. В Российской Федерации система государственной службы построена таким образом, что ее организационную структуру составляют отдельные виды такой службы. В качестве видов называются: 1) гражданская служба, 2) военная служба, 3) правоохранительная служба. При этом последняя представляет собой профессиональную служебную деятельность граждан на должностях правоохранительной службы в государственных органах, службах и учреждениях, осуществляющих функции по обеспечению безопасности, законности и правопорядка, по борьбе с преступностью, по защите прав и свобод человека и гражданина [3. С. 24–26]. По мнению Т.А. Нестеровой и Л.А. Фадеевой, в российском законодательстве недостаточно четко сформулированы пределы видов службы [4. С. 6–7]. Названные ученые признают, что служба в органах прокуратуры охватывается государственной службой, и определяют службу в органах прокуратуры как особый класс государственной службы, характеризующийся специфическими чертами в установлении требований к лицам, поступающим на службу в прокуратуру, относительно уровня образо-

вания, стажа работы, а также особой классификацией должностей, входящих в систему прокуратуры, специальными способами замещения, особым порядком прохождения аттестации, спецификой квалификационных разрядов (классных чинов) и порядком применения мер ответственности и поощрения, особенностями условий материального и социального обеспечения, гарантиями прохождения и спецификой оснований прекращения службы [4].

Полагаем, более эффективное правовое регулирование труда работников прокуратуры и в Республике Казахстан напрямую должно связываться с определением службы в данных органах как специальной государственной службы. В этой связи в нашем государстве необходимо принять соответствующий закон, регламентирующий деятельность специальных государственных органов. В нем следует определить правовой статус сотрудников этих органов, включая социальные и правовые гарантии, в том числе специальную пенсию, страхование, льготы по коммунальным услугам, проезду в общественном транспорте, право ношения оружия, дополнительный отпуск и др.

Библиографический список

1. *Жумагулов Б.Ж.* Правовое регулирование трудовых отношений государственных служащих в Республике Казахстан: учеб. пособие / Б.Ж. Жумагулов. Алматы, 2004.
2. *Казахстанская правда.* 2004. 15 янв.
3. *Киселев С.Г.* Государственная гражданская служба / С.Г. Киселев. М., 2007.
4. *Нестерова Т.А.* Российское трудовое право и служба в прокуратуре / Т.А. Нестерова, Л.А. Фадеева. Пермь, 2001.
5. *Сборник* нормативных актов по административному праву Республики Казахстан / сост. Р.А. Подопригора. Алматы, 2002.

***SELECTED ASPECTS OF A LAW REGULATION ON A LABOUR
IN PUBLIC PROSECUTOR ORGANS IN REBUBLIC KAZAKHSTAN***

N.S. Akhmetbaev

Kazakh National University, Republic Kazakhstan, Almaty, str. Al-Faraby, 71

The author pays attention to a matter on a correlation of a public prosecutor service and a civil service in Republic Kazakhstan. He considers their difference at present. However, he proposes to suggest in the future that a public prosecutor service must become a special part of a public service.

Keywords: public service, procurators, Kazakhstan

О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ, СВЯЗАННЫХ С ПРИЕМОМ НА РАБОТУ**Н.А. Бриллиантова**

Кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового права Академии труда и социальных отношений, 117484, г. Москва, ул. Лобачевского, 90

Автор анализирует судебную практику по вопросам испытания при приеме на работу и высказывает предложения по совершенствованию российских нормативных актов по данным вопросам.

Ключевые слова: прием на работу, испытание

Нередко при приеме на работу по соглашению сторон трудового договора в соответствии со ст. 70 Трудового кодекса РФ работнику устанавливается испытание в целях проверки его соответствия поручаемой работе. На практике это происходит не только для проверки работодателем деловых качеств работника, но и для предоставления самому работнику возможности убедиться в том, что он готов и может выполнять взятые на себя обязательства. Если в период испытания работник придет к выводу, что предложенная ему работа не является для него подходящей, то он имеет право расторгнуть трудовой договор по собственному желанию, предупредив об этом работодателя в письменной форме за три дня (ст. 71 ТК РФ). Правда, из текста данной статьи неясно, какие это дни – календарные или рабочие, что потенциально может стать предметом трудового спора. Как правило, судебная практика исходит из того, что это должны быть рабочие дни, поскольку смыслом любого предупреждения об увольнении является предоставление возможности стороне трудового договора подыскать соответственно либо иную работу, либо иного работника. Тем не менее хотелось бы, чтобы это было уточнено в тексте Трудового кодекса.

В период испытательного срока работодатель должен успеть проверить теоретические знания и практические навыки работника по соответствующей должности, профессии и специальности, а также необходимый для выполнения порученной работы уровень квалификации. Для этого трудо-

вые обязанности работника необходимо либо полностью перечислить в трудовом договоре, либо дать в нем ссылку на соответствующую инструкцию, либо непосредственно указать нормативный акт, регулирующий данный вопрос. При этом основополагающим документом должны стать квалификационные характеристики, содержащиеся в соответствующих справочниках для рабочих и служащих, а в случае приема на работу по вновь вводимой в производственную деятельность профессии (должности, специальности) специально разработанная инструкция – должностная для служащего или профессиональная для рабочего.

Следует иметь в виду, что на основании ч. 3 ст. 68 ТК РФ при приеме на работу (до подписания трудового договора) работодатель обязан ознакомить работника под роспись с правилами внутреннего трудового распорядка, иными локальными нормативными актами, в том числе с должностной (профессиональной) инструкцией или соответствующим справочником, непосредственно связанными с трудовой деятельностью работника.

К сожалению, ТК РФ не содержит определений таких терминов, как «профессия», «должность» и т.д. Представляется, что этот пробел в понятийном аппарате трудового законодательства необходимо ликвидировать, включив в него эти понятия, которые имеются, например, в юридической литературе. Так, понятие «профессия» означает основной род занятий или трудовой деятельности независимо от ее характера. Специальность в ее лексическом значении – то же самое, что профессия. Однако в

специальных справочниках по труду специальность определяется как вид занятий в рамках одной профессии, т.е. как более узкая (видовая) классификация рода трудовой деятельности, которая требует конкретных знаний путем получения необходимого образования, умения и навыков, приобретенных в результате опыта работы в данном направлении, что обеспечивает возможность решения определенной сложности профессиональных задач отдельными работниками. Должность – служебное место и связанные с ним служебные обязанности. Данное понятие применяется, прежде всего, к различным категориям служащих, к которым, в частности, относятся руководители, специалисты и технические исполнители. А квалификация – это уровень подготовленности (степень пригодности) к какому-нибудь виду труда. Необходимым условием практического применения этого понятия является уяснение соответствия квалификации вида работы уровню квалификации конкретного работника. Так, у рабочих квалификация как работ, так и их исполнителей определяется, как правило, в квалификационных разрядах и классах. У служащих – в чинах, рангах, классах, категориях и их соответствии, прежде всего, уровням сложности и ответственности за качество выполняемой работы в рамках занимаемой должности. От уровня (степени) квалификации работы зависит ее тарификация, т.е. установление тарифных ставок, должностных окладов, иных видов оплаты труда, например базовый оклад (ст. 129 ТК РФ).

Отсюда следует вывод: отсутствие у выполняющего какую-либо работу работника квалификационного разряда (ранга), т.е. нулевая квалификация труда, свидетельствует о том, что данный вид труда является неквалифицированным (см. решение Верховного суда РФ от 16 октября 2003 г. №ГКПИ 03-702, оставленное без изменения Определением Кассационной коллегии Верховного суда РФ от 3 февраля 2004 г. №КАС 04-1, в заседаниях которых представитель Министерства труда и социального развития Российской Федерации пояснил, что слово «неквалифицированный» является характеристикой определенной квалификации, а именно нулевой). Таким образом,

неквалифицированный труд – это труд, не требующий каких-либо специальных знаний, степени обученности или продолжительного приобретения навыков опытным путем. Понятие «неквалифицированный» имеет значение, например, при установлении МРОТ (см. ч. 2 ст. 129 ТК РФ), поскольку даже у профессии «дворник» в соответствующем тарифном справочнике (ЕТКС по сквозным профессиям) имеется квалификация первого разряда, т.е. этот вид труда хоть и низко, но квалифицирован.

Однако есть должности, для замещения которых требуется не только соответствующее профессиональное специальное образование, но и опыт работы. Например, из требований Квалификационного справочника должностей руководителей, специалистов и других служащих (КСДРСС), следует, что должность такого специалиста, как бухгалтер (без категории), требует среднего профессионального (экономического) образования без предъявления требований к стажу работы или специальной подготовки по установленной программе и стаж работы по учету и контролю не менее трех лет.

Отсюда можно сделать вывод, что при введении в действие КСДРСС либо была упущена из виду существенная зависимость между квалификацией работника и тарификацией работ, либо безкатегорированное соотношение требует специального пояснения. Отсутствие такого разъяснения препятствует возможности осуществления правомерной защиты нарушенных прав работника, например, на оплату труда, соразмерную его квалификации, поскольку до настоящего времени остается неясным, безкатегорированный труд является мало- или низкоквалифицированным либо вообще неквалифицированным трудом. Все эти проблемные моменты могут препятствовать достижению соглашения при установлении работнику испытательного срока.

В случае, когда работник отказывается от включения в трудовой договор условия об испытании, а работодатель настаивает на этом, трудовой договор не может считаться заключенным, поскольку стороны не пришли к соглашению. Вместе с тем возможно заключение трудового договора и без усло-

вия об испытании. Такие действия сторон трудового договора в обоих случаях будут признаны правомерными.

Если работник был предупрежден об установлении ему испытательного срока лишь устно, то следует считать, что он принят на работу без такового, поскольку данное условие должно быть не только закреплено в тексте трудового договора, но и отражено в приказе о приеме на работу. Отсутствие в приказе упоминания о сроке испытания, но включение этого условия в трудовой договор в судебной практике расценивается как односторонний отказ работодателя от его установления. Самим же Трудовым кодексом такая ситуация не урегулирована. Правомерность одностороннего отказа судом, как правило, не исследуется, если на этом не настаивает работник. Поэтому работник будет считаться принятым на работу без установления испытательного срока и тогда, когда в трудовом договоре это условие отсутствует, но оно есть в приказе, поскольку внесение условия об испытании в приказ будет не только не соответствовать достигнутому соглашению, но и ухудшать положение работника по сравнению с трудовым договором. В таком случае именно приказ будет иметь преимущество перед трудовым договором, исходя из принципа доминирования того акта, который улучшает положение работника. И увольнение работника по ст. 71 Трудового кодекса будет признано незаконным.

Указанный выше принцип отражен в п. 8 ст. 19 Устава Международной организации труда (в ред. от 04.06.86), где определено, что ни в коем случае принятие какой-либо конвенции или рекомендации Конференцией МОТ или ратификация какой-либо конвенции любым членом этой организации не должны рассматриваться как затрагивающие какой-либо закон, судебное решение, обычай или соглашение, которые обеспечивают более благоприятные условия для заинтересованных трудящихся, чем те, которые предусматриваются конвенцией или рекомендацией.

Допуск работника к работе без оформления трудового договора и издания приказа о приеме на работу чреват для работодателя потерей возможности установить ис-

пытание приступившему к работе работнику. В ч. 2 ст. 67 ТК РФ определено, что при фактическом допущении работника к работе работодатель обязан оформить с ним трудовой договор в письменной форме не позднее трех рабочих дней со дня фактического допущения работника к работе.

В связи с этим нередко возникает вопрос, можно ли в этом случае включить в трудовой договор условие об испытательном сроке? Ответ на него содержится в ч. 2 ст. 70 ТК РФ, где сказано, что в случае, когда работник фактически допущен к работе без оформления трудового договора (ч. 2 ст. 67 Кодекса), условие об испытании может быть включено в трудовой договор, только если стороны оформили его в виде отдельного соглашения до начала работы. Такое решение законодателя выглядит искусственным и фактически неприменимым на практике. Ведь, если работодатель не нашел возможность даже заключить трудовой договор, то, вряд ли, он будет заключать отдельное соглашение об испытании, причем именно до момента фактического допуска к работе.

Внесенные 6 октября 2006 г. изменения в Кодекс уточнили и одновременно расширили круг лиц, в отношении которых испытание недопустимо. Помимо тех категорий работников, которые непосредственно указаны в тексте данной статьи (лица, поступающие на работу по конкурсу; беременные женщины, лица, не достигшие 18 лет, и др.), испытание не устанавливается и некоторым другим категориям, например, лицам, заключившим трудовой договор на срок до 2 месяцев. При включении в трудовой договор с вышеуказанными категориями работников испытания в качестве одного из дополнительных условий (даже с их согласия) такое признается недействительным и не подлежащим применению.

Конкретный срок испытания устанавливается соглашением сторон при приеме на работу. Вместе с тем, в данной в статье определен максимальный срок испытания, который по общему правилу не может превышать трех месяцев. Так, для руководителей организаций и их заместителей, главных бухгалтеров и их заместителей, руководителей филиалов, представительств и

иных обособленных подразделений организаций максимальный срок составляет шесть месяцев. Если работодатель установил срок испытания, превышающий максимальный, его действия следует признать незаконными, а соответствующее условие об испытании недействительным.

Для некоторых категорий работников предусмотрены иные сроки испытания: например, не более 2 недель при заключении трудового договора на срок от 2 до 6 месяцев (ч. 6 ст. 70 ТК РФ), а при приеме на работу на срок до 2 месяцев, как уже было отмечено, испытание работникам вообще не устанавливается (ст. 289 ТК РФ).

В юридической литературе высказывается мнение о том, что испытательный срок, определенный при приеме на работу, в дальнейшем продлению не подлежит (даже по соглашению сторон). Оно обосновывается ссылкой на ч. 1 ст. 70 ТК РФ, в которой сказано, что испытание устанавливается при заключении трудового договора. Однако существует и иное мнение: если испытательный срок при приеме на работу установлен не в максимальном размере, то действующие нормы ТК РФ не содержат никаких ограничений в отношении его продления, но, естественно, в пределах максимального срока. Более того, ст. 72 ТК РФ допускает без каких-либо исключений изменение условий, определенных в трудовом договоре, если его стороны отразили свое согласие об этом в письменной форме. При этом отметим, что изменение по соглашению сторон условий трудового договора в пределах максимального срока испытания не снижает уровень правовых гарантий работников, предусмотренный законодательством о труде.

Анализ судебной практики Верховного суда РФ показал, что до сих пор проблема, связанная с возможностью продления установленного в трудовом договоре срока испытания в пределах максимального, в достаточной степени не исследована, поэтому, видимо, законодателю все-таки стоит высказать свое мнение по данному вопросу, чтобы на практике не возникали разногласия по поводу применения данной нормы.

В то же время срок испытания должен быть продлен в случае болезни работника

или отсутствия его на работе по уважительным причинам (например, при выполнении государственных или общественных обязанностей), поскольку на основании ч. 7 ст. 70 ТК РФ в него не засчитываются периоды временной нетрудоспособности и другие периоды, когда работник фактически отсутствовал на работе. При этом следует иметь в виду, что в таких случаях суммарная продолжительность отрезков испытательного срока не должна превышать максимальной, установленной законодательством или договором.

Поскольку в ч. 1 ст. 70 ТК РФ говорится, что стороны договариваются об испытании именно при заключении трудового договора, т.е. при приеме на работу, то оно не может быть предусмотрено при переводе на другую работу (в том числе и на более высокую должность).

Результат испытания оценивается работодателем, и он может быть двояким: либо работник выдержал испытание, либо нет. Если срок испытания истек, а работник не получил уведомления об увольнении и продолжает работать, то он считается выдержавшим испытание.

И, наоборот, если, по мнению работодателя, работник не выдержал испытания, т.е. он не соответствует предъявляемым к нему требованиям, трудовой договор с ним может быть расторгнут по ст. 71 ТК РФ с формулировкой «уволен как не выдержавший испытания» без учета мотивированного мнения соответствующего профсоюзного органа и без выплаты выходного пособия. При этом в случае неудовлетворительного результата испытания трудовые отношения прекращаются в любой день испытательного срока (но обязательно до его окончания). Работник вправе обжаловать это увольнение в судебном порядке в течение 1 месяца со дня вручения ему копии приказа об увольнении или со дня выдачи трудовой книжки, оформленной надлежащим образом.

Следует отметить, что работника, не выдержавшего испытания, работодатель должен письменно предупредить о предстоящем увольнении не позднее, чем за три дня, указав причины, послужившие основанием для принятия такого решения. В этом случае работодатель должен иметь доказа-

тельства, свидетельствующие о том, что работник не выдержал испытания. Несоблюдение этих правил, видимо, должно привести к таким правовым последствиям как, например, восстановление на работе обратившегося в суд работника. На самом деле законодательно этот вопрос (а именно, является ли несоблюдение установленных сроков предупреждения основанием для восстановления работника, уволенного как не выдержавшего испытания) не урегулирован. Увольнение по истечении срока испытания может быть произведено только на общих основаниях, предусмотренных ст. 77 ТК РФ или иными федеральными законами. Никакого дополнительного приказа о том, что работник выдержал испытание, не издается.

Приведем пример из судебной практики, свидетельствующий о том, насколько тщательно должны соблюдаться требования законодательства, предъявляемые к установлению испытательного срока, чтобы суд впоследствии не признал увольнение работника по ст. 71 ТК РФ незаконным. В обзоре судебной практики по гражданским делам Верховного Суда Республики Татарстан за третий квартал 2005 г. приведен следующий случай добросовестного исполнения работодателем норм ст.ст. 70 и 71 ТК РФ.

Гражданка И. (далее – истица) обратилась в суд с иском к детскому саду (далее – ответчик) о восстановлении на работе в должности воспитателя, оплате времени вынужденного прогула, компенсации морального вреда, ссылаясь на то, что была принята на работу на основании трудового договора с испытательным сроком 2 месяца, но необоснованно уволена как не выдержавшая испытательный срок по ст. 71 ТК РФ. Суд первой инстанции ей в иске отказал. Судебная коллегия кассационной инстанции решение суда первой инстанции оставила без изменения, обосновывая такое решение следующим образом. В соответствии со ст. 70 ТК РФ при заключении трудового договора соглашением сторон может быть установлено испытание работника в целях проверки его соответствия поручаемой работе. Условие об испытании должно быть указано в трудовом договоре. Срок испытания не может превышать трех меся-

цев. Согласно ст. 71 ТК РФ при неудовлетворительном результате испытания работодатель имеет право до истечения срока испытания расторгнуть трудовой договор с работником, предупредив его об этом в письменной форме не позднее, чем за три дня с указанием причин, послуживших основанием для признания этого работника не выдержавшим испытание. По делу установлено, что истица была принята на работу в должности воспитателя с испытательным сроком 2 месяца, с ней заключен трудовой договор в письменной форме. В качестве основания увольнения было указано письменное предупреждение, докладные от родителей детей, работников детского сада, акты по детскому саду, коллективное заявление от родителей младшей группы, протокол заседания Совета детского сада. Из материалов дела усматривается, что было составлено письменное предупреждение об ее увольнении. В предупреждении указаны причины, послужившие основанием для признания истицы не выдержавшей испытательного срока. Указанные в предупреждении причины подтверждены соответствующими данному основанию увольнения документами. Истица отказалась принять и подписать предупреждение, о чем составлен соответствующий акт. Судебная коллегия сочла, что работодателем выполнены все требования закона для увольнения работника по ст. 71 ТК РФ.

Поскольку далеко не все работодатели строго соблюдают требования трудового законодательства, работник обязательно должен настаивать на заключении трудового договора и именно в двух экземплярах: один должен быть вручен ему самому (причем до того, как он будет допущен к выполнению трудовых обязанностей, предусмотренных в трудовом договоре), а другой остается у работодателя. В случае уклонения работодателя (его уполномоченного представителя) от своевременного (до допуска к работе) заключения трудового договора в указанном количестве экземпляров работнику следует отказаться от устройства на работу к такому работодателю. Такой вывод следует из судебной практики, которая свидетельствует о том, что в дальнейшем работнику будет сложно доказать, что

трудовые отношения возникли на основании фактического допущения к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя, так как трудовой договор не был надлежащим образом оформлен (ст.ст. 15 и 67 ТК РФ).

Так, в обзоре кассационной и надзорной судебной практики по гражданским делам Пермского областного суда за 1 полугодие 2003 г. содержится следующий пример. Гражданин Н. (далее – истец) обратился в суд с иском к частному предпринимателю (далее – ответчик) о восстановлении на работе, взыскании заработной платы за вынужденный прогул и взыскании компенсации морального вреда в размере 10 тыс. рублей, указав, что с 17 по 29 апреля 2002 г. работал у ответчика наборщиком товара. Трудовой договор был заключен в одном экземпляре с испытательным сроком один месяц. 30 апреля 2002 г. работодатель сообщил ему об увольнении, ссылаясь на его нетрезвое состояние 29 апреля 2002 г. Заработная плата за проработанное время ему не была выплачена, а трудовая книжка возвращена без записи о приеме на работу и увольнении. Ответчик иск не признал, пояснив, что истца не знает, и трудовой договор с ним не заключал. Решением Дзержинского районного суда г. Перми от 3 апреля 2003 г., истец восстановлен на работе у ответчика в качестве наборщика-грузчика со взысканием в его пользу заработной платы за вынужденный прогул в размере 7 тыс. 350 руб. 42 коп. и компенсацией морального вреда – 350 руб.

При рассмотрении дела в кассационном порядке данное решение было отменено судебной коллегией за недоказанностью обстоятельств, которые суд первой инстанции признал установленными. Суд же второй инстанции не нашел доказательств, подтвержденных материалами дела.

Принимая решение о восстановлении истца на работе, суд первой инстанции не исследовал обстоятельств заключения трудового договора, срок его действия, а также надлежащим ли лицом осуществлен фактический допуск истца к работе. Как впоследствии было установлено по делу, оформление приема на работу по правилам ст. 68 ТК РФ не производилось; неясно, подавал ли

истец ответчику (работодателю) заявление о приеме на работу, а также где и при каких обстоятельствах общался с ним по поводу заключения договора о приеме на работу. Факт приема истца на работу по его распоряжению ответчик категорически отрицал. Следовательно, суду надлежало выяснить у истца более детально обстоятельства заключения договора, на которые он ссылался. Показания истца в протоколе судебного заседания отражены очень кратко. В исковом заявлении не указаны обстоятельства заключения трудового договора, а именно была ли договоренность с работодателем о заключении трудового договора, кем, когда и где был подписан трудовой договор, оговаривался ли срок приема на работу. Суд пришел к выводу о том, что истец был принят на работу на неопределенный срок без надлежащего оформления трудового договора по вине работодателя и что фактический допуск истца к работе осуществлен представителем работодателя с ведома последнего. Однако указанные обстоятельства судом должным образом не были проверены и, исходя из ч. 2 ст. 67 ТК РФ, при фактическом допуске работника к работе трудовой договор, не оформленный надлежащим образом, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя. Вывод суда о том, что истец был допущен к работе представителем работодателя и с его ведома, доказательствами не подтвержден. Ссылка в решении суда на то, что представитель работодателя в лице администратора, который допустил истца до работы, является супругом ответчика, неубедительна, так как суд не выяснил вопрос о том, наделен ли администратор таким правом, каков круг его обязанностей, предоставлено ли ему право приема работников на работу. Суду следовало выяснить фактически сложившуюся практику приема наборщиков на склад и в установленном ли законом порядке производилось заключение с ними трудовых договоров, а также исследовать, по книге приказов или каким-либо иным образом производилось ли оформление работников склада (наборщиков-грузчиков) на работу, велись ли ведомости на выплату им заработной платы, как и кем

велся учет рабочего времени и т.п. Рассмотрение указанных вопросов имело существенное значение для разрешения заявленного иска, однако они не были исследованы судом и не подтверждены убедительными доказательствами истцом.

Возвращаясь к рассмотрению правил приема на работу, нужно отметить следующее. Приступая к работе без оформления договора, работник лишается возможности фиксации факта договоренности не только, например, о таком существенном условии соглашения как размер заработной платы, но и вообще о допуске его к работе надлежащим лицом, являющимся законным представителем работодателя. Неправомочность представителя позволяет по формальным основаниям признать договоренность несостоявшейся. Однако ТК РФ не обязывает представителя работодателя, ведущего переговоры (как правило, это инспектор или начальник отдела кадров (менеджер по персоналу)), начинать их с подтверждения своего права осуществлять прием на работу, а тем более заключать трудовой договор. В свою очередь, и у работника отсутствует законное основание требовать от представителя работодателя подтверждения его права осуществлять прием на работу, поскольку таковое в ТК РФ не содержится.

Хотелось бы отметить, что и в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» (в ред. от 28.12.2006) не дана правовая оценка данного, сложившегося на практике проблематичного положения и не указаны пути выхода из него. В ч. 2 п. 12 этого постановления судам разъяснено только следующее: «Если трудовой договор не был оформлен надлежащим образом, однако работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его уполномоченного представителя, то трудовой договор считается заключенным и работодатель или его уполномоченный представитель обязан не позднее трех рабочих дней со дня фактического допущения к работе оформить трудовой договор в письменной форме (ч. 2 ст. 67 ТК РФ). При этом следует иметь в виду, что представителем работодателя в указанном случае является

лицо, которое в соответствии с законом, иными нормативными правовыми актами, учредительными документами юридического лица (организации) либо локальными нормативными актами или в силу заключенного с этим лицом трудового договора наделено полномочиями по найму работников, поскольку именно в этом случае при фактическом допущении работника к работе с ведома или по поручению такого лица возникают трудовые отношения (ст. 16 ТК РФ) и на работодателя может быть возложена обязанность оформить трудовой договор с этим работником надлежащим образом». Однако на поставленный практикой вопрос, каким законным способом работник может убедиться в компетенции представителя работодателя это разъяснение ответа не дает.

Приведем еще один пример возможных негативных правовых последствий, но уже для работодателя, когда допуском к работе занимается такой ненадлежащий его представитель, как секретарь директора, а претендентом на трудоустройство является недобросовестный работник. В обзоре судебной практики по гражданским делам Московского областного суда за 2-е полугодие 2003 г. содержится следующий пример. Б. обратился в суд с иском к ООО «Антей» о восстановлении на работе и взыскании заработной платы за время вынужденного прогула. Он утверждал, что был принят на работу в ООО «Антей» грузчиком, и в обоснование своих требований представил трудовой договор, подписанный генеральным директором ООО «Антей» и копию договора о полной материальной ответственности. В ходе судебного заседания установлено, что Б. никогда не являлся сотрудником ООО «Антей» и трудовой договор в соответствии со ст. 56 ТК РФ с ним не заключался. В ООО «Антей» никогда не издавались приказы о приеме Б. на работу и, соответственно, его увольнении, так как Б. не подал заявление с просьбой принять его на работу в ООО «Антей», а также не предъявил других необходимых для приема на работу документов, определенных ст. 65 ТК РФ, а именно: паспорт, трудовую книжку, страховое свидетельство государственного пенсионного страхования, документы воин-

ского учета (для военнообязанных лиц, подлежащих призыву на военную службу). Было установлено, что 22 января 2003 г. Б. изъявлял желание поступить на работу в ООО «Антей» грузчиком, выяснял у секретаря условия работы грузчиков, однако к работе не приступил. Непосредственно к директору ООО «Антей» Б. не обращался. Имеющийся у Б. бланк трудового договора и договора о полной материальной ответственности с подписью директора ООО был заполнен секретарем ООО «Антей», которая полномочий на заключение договоров не имела. Таким образом, было установлено, что ни в день заполнения бланка договора, ни в последующие дни Б. на работу в ООО «Антей» не выходил и никаких трудовых обязанностей в данной организации не выполнял. В силу ст. 61 ТК РФ трудовой договор с работником, не приступившим к работе в установленный срок без уважительных причин в течение недели, аннулируется. Б. не приступил к работе в течение недели, уважительных причин не представил, и поэтому имеющееся у него на руках трудовое соглашение можно считать аннулированным. Учитывая собранные по делу доказательства, суд отказал Б. в удовлетворении его исковых требований.

Как видно из данного примера, для работодателя в вышеприведенном случае

все окончилось хорошо и суд защитил его от недобросовестного работника, признав договор аннулированным, но при иных обстоятельствах дела мог и восстановить работника.

Возвращаясь к рассмотрению правовых последствий установления испытательного срока, нужно отметить следующее. В период действия испытания на работников полностью распространяется трудовое законодательство без каких-либо изъятий, т.е. они обладают всеми правами и должны выполнять все обязанности, предусмотренные как ТК РФ, так и иными нормативными правовыми актами, в том числе на уровне локального регулирования. В частности, работник имеет право на предоставление работы по имеющейся у него специальности (квалификации, должности), на охрану труда, на заработную плату в соответствии с его квалификацией, качеством, условиями выполняемой работы и т.п.

Завершая исследование отдельных нюансов, связанных с приемом на работу, хотелось бы надеяться, что при внесении в дальнейшем изменений и дополнений в ТК РФ некоторые нормы, регулирующие прием на работу, будут уточнены и предельно ясно отредактированы.

ON SOME QUESTIONS CONCERNING AN ADMISSION TO WORK

N.A. Brilliantova

Academy of Labour and Social Relations, Moscow, Labachevsky str., 90.

The author analyses a legal practice concerning probation during a period of an admission to work and proposes some suggestions to an improvement of Russian normative acts.

Keywords: hiring for work, probation

СОДЕРЖАНИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА**Л.Ю. Бугров**

Доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой трудового права и права социального обеспечения Пермского государственного университета, 614990, г. Пермь, ул.Букирева, 15

Подробно анализируются обязательные условия трудового договора в России. Они делятся на условия, обязательные для любых трудовых договоров и обязательные только для некоторых их классов. Предлагаются перемены по соответствующим вопросам в отечественной нормативной базе в направлении, определяемом развитием рыночной экономики. Осуществляется сравнение российских конструкций и решений, свойственных трудовому праву Европейского союза.

Ключевые слова: содержание, трудовой договор, обязательные условия, дополнительные условия

Одним из наиболее действенных способов обеспечения необходимой при рыночной экономике гибкости трудового права является ограничение (посредством норм права) участия государства в решении вопросов содержания трудового договора. С этой точки зрения, наверное, было бы достаточным указать в централизованных нормах права на невозможность ухудшения индивидуально-договорных позиций по сравнению с теми, которые установлены нормативными правовыми актами и в процессе коллективно-договорного регулирования, а также потребовать справедливых индивидуально-договорных регламентаций, отвечающих общепризнанным в мире фундаментальным правам человека. Но любое государство вынуждено не выпускать из виду факторы, противодействующие столь значительной степени свободы сторон трудового договора. Сюда в первую очередь относятся перманентное и объективное желание работодателя обеспечить как можно большую прибыль соответствующему собственнику и экономическая слабость работника как стороны трудового договора. Вот почему все национальные системы трудового права, кроме выполнения названных выше двух общих задач, во-первых, напрямую устанавливают ряд условий труда, которые в принципе могли бы быть урегулированы в трудовых договорах. А во-вторых, предъявляют обязательные требования к содержанию трудовых договоров, как правило указывая на то, какие условия должны непременно включаться в него (в любой договор

или договор некоего определенного класса), а также в ряде случаев показывая на обязательность каких-то решений по сути отдельных условий. Количественный и качественный аспект подобных границ индивидуально-договорной свободы насыщается конкретикой, соотносясь с национальными особенностями и обстоятельствами, вытекающими из межгосударственной интеграции.

Необходимо уточнить, что в настоящей работе термин «условия труда» не понимается исключительно в том смысле, в каком он раскрыт в ч. 2 ст. 209 Трудового кодекса РФ – «совокупность факторов производственной среды и трудового процесса, оказывающих влияние на работоспособность и здоровье работника». В трудовом праве России данный термин имеет и гораздо более широкое значение (см., например, ч. 9 ст. 45, ч. 2 ст. 53, ст. 74 Трудового кодекса РФ), связанное с любыми обстоятельствами, влияющими на труд. В таком ракурсе нормы права о трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношениях – это тоже условия труда. К условиям труда относятся и все договоренности сторон трудового договора по поводу труда¹. Условия труда, которые могли бы, по идее, быть

¹ Например, в ст. 1 Трудового кодекса Республики Казахстан условия труда определяются как условия оплаты, нормирования труда, режима рабочего времени и времени отдыха, порядок совмещения профессий (должностей), расширения зон обслуживания, выполнения обязанностей временно отсутствующего работника, безопасности и охраны труда, технические, производственно-бытовые условия, а также иные по согласованию сторон условия труда.

определенными в трудовых договорах, но в силу каких-то причин (правомерных и неправомерных) оказались определенными вне индивидуальных договоров о труде, как представляется, включаются в содержание соответствующего индивидуального трудового правового отношения, но не включаются в содержание конкретного трудового договора [14. С. 613]. За границы этого суждения необходимо выводить условия по умолчанию и условия при ухудшении правового положения работника, о которых ниже речь пойдет несколько подробнее. А здесь необходимо отметить, что по поводу включения в содержание трудового договора условий, по которым стороны этого договора не приходили к соглашению, в российской науке трудового права ведется дискуссия. О высказанных в ее ходе мнениях других авторов можно получить полное представление, обратившись к глубокому исследованию по вопросам содержания трудового договора, выполненному Е.Б. Хохловым [12. С. 245–246].

Еще один методологический вывод также указывает на неоднозначность понимания категории «содержание трудового договора», но уже в другом аспекте. Дело в том, что если полагать форму способом существования и выражения содержания [11], то всегда требуется конкретизировать ту форму, которая выражает искомое содержание трудового договора. Ведь трудовой договор – содержательно многозначный юридический феномен. Содержание трудового договора может быть содержанием правового института «Трудовой договор», содержанием трудового договора как договора, содержанием трудового договора как особого юридического документа и т.д.

Анализ ныне действующих законодательных актов нашего государства, исходящего из обязательности письменной формы трудового договора, как думается, однозначно свидетельствует, что по общему правилу в ситуациях, когда эти акты упоминают о содержании трудовых договоров, речь идет, во-первых, об абстрактном содержании трудового договора как предполагаемого документа, определяющего согласованные сторонами его условия (например, об этом говорится в ст. 57 Трудового кодекса РФ), во-вторых, о реальном

содержании множества конкретных документов – трудовых договоров. Подобная ситуация указывает на совпадение значений терминов «содержание трудового договора как договора» и «содержание трудового договора как документа» в плане должного при актуальных российских обстоятельствах.

Другая ситуация складывается в национальных системах трудового права тех государств, которые исходят из свободы формы трудового договора [9. С. 102]. В случаях устной формы о содержании трудового договора приходится утверждать лишь как о содержании именно договора. Думается, его составляют все условия труда данного работника у данного работодателя, признаваемые обеими сторонами, а в случае конфликта их интересов – достоверно обоснованные и доказанные одной из сторон. К достоверным обоснованиям в подобных ситуациях необходимо относить ссылки на нормативные акты, коллективные договоры и соглашения, судебные решения, обычные правила и т.п., а к достоверным доказательствам – ссылки на документы по отдельным вопросам труда работника, устные показания и т.д. Очевидно, что при устной форме трудовых договоров осложнены возможности для выяснения сути конкретных условий труда, охватываемых содержанием такого договора.

В России серьезные проблемы связаны прежде всего с фактическим допущением к работе (ч. 2 ст. 67 Трудового кодекса РФ) и реальным распространением вопреки требованиям законодательства устных трудовых договоров. В подобных случаях в связи с ответом на вопрос о содержании трудовых договоров приходится констатировать пробел в трудовом праве России. Ведь ситуация характеризуется отсутствием регулирования нормами российского трудового права части общественных отношений, составляющих предмет трудового права нашего государства и в силу объективных потребностей развития общества требующих нормативного правового опосредования, которые могут быть урегулированы такими актами и должны быть ими урегулированы в соответствии с назначением трудового права России [8. С. 26]. Преодоление (а лучше при-

бегнуть к устранению) пробела возможно за счет использования вышеизложенных решений вопросов о содержании трудовых договоров, сложившихся применительно к устной форме таких договоров. Подобные дополнения видятся желательными в ст. 57 Трудового кодекса РФ.

При анализе вопросов содержания трудового договора требуется заранее определиться с квалификацией отдельных юридико-технических вариантов, используемых при индивидуально-договорном регулировании. В частности, остается не до конца установленной суть отсылочных регламентаций в трудовых договорах. Их оценка видится различной в зависимости от специфики текста договора как документа. Например, воспроизведение в конкретном трудовом договоре положения из Типового контракта трудящегося-мигранта, утвержденного резолюцией Комитета министров Совета Европы от 13 апреля 1976 г., о том, что работник получает оплату труда в равной степени с работниками-гражданами данного государства, имеющими аналогичную профессию (квалификацию) и занятыми на данном предприятии (фирме), необходимо воспринимать как условие этого определенного договора только собственно в части применения самого сравнения. Вряд ли можно расценить как договорное условие и ситуацию, когда в конкретном трудовом договоре воспроизводится фрагмент того же Типового контракта трудящегося-мигранта, где говорится: «Оплата труда за сверхурочную работу... производится по ставкам, установленным трудовым законодательством принимающей страны...». Подобная отсылка по результату не конкретизирует условия того или иного конкретного договора, поэтому упомянутые ставки в содержание такого договора не включаются. Вместе с тем вполне возможны отсылки другого рода, например, к индивидуальной должностной инструкции, приложенной к трудовому договору, индивидуальному режиму работы со сведениями, составляющими коммерческую тайну, при наличии оговорки на то, что такой режим есть часть трудового договора, и т.п. Данные отсылки указывают на включение должностной инструкции (режима работы с определенными

сведениями и т.д.) в содержание соответствующих трудовых договоров.

Умолчания в содержании трудовых договоров, как представляется, также должны быть оценены по-разному, но уже не только в зависимости от поведения сторон трудового договора, но и от суждений законодателя. Если в законодательстве (в иных нормативных правовых актах о труде) четко указаны возможности для выбора сторон трудового договора и однозначно определен вариант, действующий при умолчании этих сторон, такой вариант решения вопроса должен быть признан фрагментом содержания данного трудового договора. Например, согласно ст. 61 Трудового кодекса РФ работник обязан приступить к исполнению трудовых обязанностей со дня, определенного трудовым договором. Но если в трудовом договоре не определен день начала работы, то работник должен приступить к работе на следующий день после вступления договора в силу. А трудовой договор вступает в силу, как правило, со дня его подписания сторонами. В любом случае в ст. 57 Трудового кодекса РФ видится желательным поминание об условиях по умолчанию сторон трудового договора.

Подобно условиям по умолчанию действуют условия при ухудшении правового положения работников в содержании трудовых договоров. Согласно ч. 2 ст. 9 Трудового кодекса РФ трудовые договоры не могут содержать условий, ограничивающих права работников или снижающих уровень гарантий для них по сравнению с установленными в нормативных правовых актах. Такие условия не подлежат применению и в ряде случаев предполагают действие условий, по сути, по умолчанию сторон трудового договора. Например, трудовой договор считается заключенным на неопределенный срок и в ситуациях, когда стороны срок не определили, и в ситуациях, когда срок был определен без достаточных к тому оснований, установленных судом (ст. 58 Трудового кодекса РФ).

Некоторые сложности связаны и с тем, что стороны трудового договора могут воспроизводить в тексте договора правила из других источников трудового права. Так, в ч. 5 ст. 57 Трудового кодекса РФ оговорено:

по соглашению сторон в трудовой договор могут включаться права и обязанности работника и работодателя, установленные трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, локальными нормативными актами, а также права и обязанности работника и работодателя, вытекающие из условий коллективного договора, соглашений. При подобном включении в трудовой договор возникает вопрос: могут ли такие права и обязанности работника и работодателя расцениваться не только как содержание индивидуального трудового правоотношения, но и одновременно в качестве условий договора, определенных его сторонами? Ответ на данный вопрос очень важен для процедуры изменения этих прав и обязанностей. Ведь условие, определенное, например, в нормативных актах и не включенное в трудовой договор, формально может быть изменено и без согласия работника. А условие, определенное сторонами в трудовом договоре, для своей перемены, как правило, потребует письменного соглашения сторон трудового договора. Думается, что поскольку стороны трудового договора достигают консенсуса по поводу включения в трудовой договор рассматриваемых прав и обязанностей, то после подписания трудового договора подобные права и обязанности приобретают силу условий данного договора. При этом такие условия могут считаться обязательными или дополнительными – в зависимости от того, в какой фрагмент содержания трудового договора они включены. Однако, если трудовое законодательство или иные нормативные правовые акты о таком включении утверждают как об обязанности, то применяются положения об обязательных условиях, не указанных прямо в качестве таковых в ст. 57 Трудового кодекса РФ.

Если после заключения трудового договора с подобными «цитатами» ситуация в нормативных актах и в коллективных договорах (соглашениях) изменилась в пользу работника, до перемен в содержании трудового договора действует конструкция, запрещающая ухудшение правового положения работников в трудовом договоре (ст. 9 Трудового кодекса РФ). Следовательно,

данный фрагмент трудового договора будет недействительным до тех пор, пока стороны не приведут его в соответствие с обновлением в нормативных правовых актах, коллективных договорах (соглашениях). И наоборот: если в нормативных актах (коллективных договорах, соглашениях) произойдут ухудшения в правовом положении работника, индивидуально-договорные регламентации должны сохранять свою силу, по крайней мере, до нового соглашения сторон.

Интересно обратиться к истории норм о содержании трудовых договоров. По мнению Е.Б. Хохлова, все предшествующие Трудовому кодексу РФ нормативные акты, действовавшие в сфере труда в России, обходили вниманием вопрос о содержании трудового договора. Проблема выявления его содержания решалась в доктринальном порядке [12. С. 184]. Такие утверждения, верные в основном, при детализации представляются требующими определенной коррекции.

Думается, что база для сохранившегося по настоящее время «зерна» в понимании содержания трудового договора в России появилась в связи с законом от 3 июня 1886 г. «О надзоре за заведениями фабричной промышленности и о взаимных отношениях фабрикантов и рабочих» (далее – Закон о надзоре), который требовал, чтобы договорные отношения между названными субъектами определялись расчетными книжками. Каждый рабочий не позднее 7 дней «по допущении к работе» должен был получить обозначенный документ. Правда, следует иметь в виду, что такая форма заключения договора «найма рабочих на фабриках, заводах и мануфактурах» разрешалась и ранее, например, в Уставе о промышленности. Однако содержание договора найма, опосредуемое расчетными книжками, появилось благодаря Закону о надзоре. В расчетной книжке указывались фамилия и имя нанявшегося или его прозвище, срок найма и вида на жительство, размер заработной платы, основания к ее исчислению и время платежа. После заключения договора найма в ходе его реализации в расчетную книжку вносились записи о количестве взысканий и сведения о поводах к

их применению, размер платы за пользование квартирой, баней и т.п. Оговаривалось, что в расчетную книжку могли быть внесены и прочие условия найма, которые договаривающиеся стороны сочтут нужным «заключить». Данные условия должны были учитывать запрет, изложенный в ст. 92 Устава о промышленности, в соответствии с которым в договоры, заключаемые между заводскими или фабричными управляющими и рабочими, воспрещалось вносить условия, клонящиеся к ограничению сторон в пользовании правом судебной защиты. Другие варианты ухудшения не возбранялись. Например, по свидетельству И.Н. Шеламыгина, в расчетных книжках, выдаваемых в Москве акционерным обществом Монины, оговаривалось: «При производстве работы мы, рабочие, обязуемся быть осторожными и в случае увечия или иного несчастного случая не требовать от конторы никакого вознаграждения» [20. С. 93].

Примечательно, что соответствующие юридические решения были сохранены в Уставе о промышленном труде. Они зафиксированы в ст. 48, 50, 96–99 этого кодифицированного закона.

Оценивая подобного рода юридические решения, надо обратить внимание прежде всего на формальную их сторону. В конце XIX в. в России появилась конструкция о том, что в договоре найма рабочих указываются условия этого найма. Среди них выделяются, по сути, обязательные и факультативные условия найма. Пусть в зачаточном варианте, но тогда же появилось правило, ограничивавшее стороны в ухудшении правового положения работника. Благодаря тому что в данный период времени термин «содержание договора» был уже широко применяемым², можно утверждать, что в конце XIX в. и в начале XX в. содержанием договора найма рабочих выступали условия такого найма. Поскольку весь раздел 2 Устава о промышленном труде назывался «Об условиях труда в промышленных предприятиях», постольку возможно считать, что условия найма были теми услови-

ями труда, которые определялись в индивидуальном-договорном порядке.

Вот так сформировалась база для развития отечественных правил о содержании трудового договора³.

КЗоТ 1922 г. не оперировал термином «содержание трудового договора», но явно подразумевал его. В соответствии со ст. 28 этого КЗоТ условия трудового договора определялись соглашением сторон. Недействительными были условия трудового договора, ухудшающие положение трудящегося сравнительно с условиями, установленными законами о труде, условиями коллективного договора и правилами внутреннего распорядка, распространяющимися на данное предприятие или учреждение, а также условия, «клонящиеся к ограничению политических и общегражданских прав трудящихся». В связи с этими правилами получалось, что в содержание трудового договора включались условия данного договора. Свобода установления таких условий ограничивалась лишь невозможностью двух упомянутых вариантов ухудшения в положении работника по трудовому договору. Примечательно, что КЗоТ 1922 г. прямо не называл обязательных условий трудового договора, но из отдельных его регламентаций явно вытекала такая обязательность. Например, из смысла ст. 35 сторонам трудового договора следовало определиться с одним из трех возможных по закону вариантов срока этого договора. В ст. 36 подразумевалась обязательность определения сторонами рода деятельности, ради которой заключался договор. В ст. 58 оговаривалось, что размер вознаграждения нанявшегося за его труд определяется коллективными и трудовыми договорами.

Первым отечественным законодательным актом, прямо закрепившим термин «содержание трудового договора», стали Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о труде 1970 г. По ст. 8

³ Здесь еще необходимо добавить, что по поводу содержания соответствующего договора Л.С. Талем высказывалась точка зрения, согласно которой в содержании следовало выделять обязанности рабочего (выполнять «работы, имеющие отношение к предприятую» и т.д.) и обязанность работодателя выплачивать заработную плату (см. подробнее [13. С. 126–127].

² Например, Г.Ф. Шершеневич писал: «Содержание договора подряда представляет собой комбинацию трудового и капиталистического элементов» [21. С. 539].

этого союзного закона и по воспроизводимости ее ст. 15 КЗоТ 1971 г. получалось, что содержанием трудового договора являлись обязанность работника выполнять работу по определенной специальности, квалификации или должности с подчинением внутреннему трудовому распорядку и обязанность работодателя (если использовать современный трудовоправовой понятийный аппарат) выплачивать заработную плату и обеспечивать условия труда, предусмотренные законодательством о труде, коллективным договором и соглашением сторон. Столь необычная юридическая конструкция имела в своем эпицентре термин «условия труда». Вслед за законодателем такие условия в той части, в какой они подлежали юридической регламентации, в науке и практике стало принято делить на предусмотренные, во-первых, нормативными правовыми актами и коллективными договорами и, во-вторых, непосредственно соглашением сторон. Вторая группа условий при этом в доктринальном порядке подразделялась на необходимые условия (без которых трудовой договор не мог быть заключенным) и дополнительные условия (наличие которых считалось необязательным) [1. С. 28–33]. Лишь в ст. 19 КЗоТ Литовской ССР «Необходимые условия трудового договора» было прямо предусмотрено, что «в каждом трудовом договоре должны быть оговорены сторонами условия о месте работы и трудовой функции рабочего или служащего... для отдельных видов трудовых договоров законодательством о труде могут быть предусмотрены и другие необходимые условия, устанавливаемые соглашением сторон». А ст. 20 этого же КЗоТ регулировала дополнительные условия трудового договора [18. С. 37].

Подобная ситуация в кодифицированных законах, по сути, спровоцировала появление путаницы в использовании терминов «условия труда» и «условия трудового договора» вплоть до признания их реальной синонимичности, а также споры по поводу круга необходимых условий (см. об этом подробнее, например [7. С. 5 – 17]). Неясности в нормах права в ходе доктринального анализа были истолкованы с привлечением цивилистических конструкций о недействи-

тельности сделок – прием, который был и остается оспоримым.

Четвертая кодификация российского трудового права, с одной стороны, положила конец некоторым дискуссиям, но, с другой стороны, породила иные дебаты. Среди них надо выделить дискуссию, порожденную тем, что в ст. 57 Трудового кодекса РФ первоначально указывалось на существенные и дополнительные условия трудового договора. Известно высказывание М.В. Лушниковой и А.М. Лушников о том, что до этого момента теория трудового права не разрабатывала концепцию существенных условий трудового договора [13. С. 129–130]. Сугубо формально это так. Но в доктрине отечественного трудового права разрабатывалась концепция существенных условий труда (см. например, [3. С. 117–132]). По кругу охватываемых анализом юридических обстоятельств доктрины о существенных условиях труда и о существенных условиях трудового договора применительно к ситуации, предшествующей четвертой кодификации трудового права России, совпадали. Их различало, в основном то, что вторая из названных научных разработок не могла быть применена к юридическим последствиям при заключении трудового договора, а рассчитывалась на изменение трудового договора. Но особо значимые последствия, связанные с заключением трудового договора, ни тогда, ни ныне не вытекали и не вытекают из отечественного трудового законодательства, которое не знает конструкции недействительности или незаключенности трудовых договоров в целом. Поэтому анализ существенных условий труда был вполне применим и в качестве трудовоправовой концепции существенных условий трудового договора. Лишь если привнести в область трудового права России цивилистическое понимание существенных условий трудового договора, то тогда действительно получается, что наука трудового права не разрабатывала концепцию существенных условий трудового договора.

Итак, существенные условия труда (существенные условия трудового договора) до Трудового кодекса РФ рассматривались в науке советского трудового права, но в ней

они были важны с позиций правил об изменении этих условий. Существенные условия трудового договора (по тексту первой редакции Трудового кодекса РФ) были важны для определения содержания трудового договора, но только в смысле их обязательного включения. Допущение гражданско-правового смысла, показывающего на незаключение договора в тех случаях, когда между сторонами не достигнуто соглашение по всем существенным условиям, в трудовом праве России не допускается. И с учетом низкого уровня работодательской культуры, слабой юридической осведомленности большинства работников и лиц, ищущих работу, можно предположить, что вряд ли в обозримое время эта гражданско-правовая конструкция будет применяться. В этой связи интересно, что даже в тех государствах, где есть правила о недействительности трудовых договоров (см., например, ст. 39 Трудового кодекса Республики Казахстан), эта недействительность не связывается с дефектами в содержании таких договоров.

Первоначальная редакция ст. 57 Трудового кодекса РФ была источником и спора по поводу сохранения в отечественном трудовом праве производных условий трудового договора, определяемых прежде всего в нормативных правовых актах. Ведь в содержании трудового договора до октября 2006 г. в России включались права и обязанности его сторон в предельно широкой формулировке. В итоге надо констатировать: в российском трудовом праве содержание трудового договора потеряло значение равнозначности и стало лишь только частью содержания индивидуального трудового правового отношения только с октября 2006 г. – со дня вступления в силу перемен в Трудовом кодексе РФ на основании Федерального закона от 30 июня 2006 г. Однако необходимо подчеркнуть, что данная новация не стала абсолютной. В ст. 24 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» по сей день содержится сущностной повтор ст. 57 Трудового кодекса РФ в ее первоначальной редакции. Есть все основания для того, чтобы утверждать: правила гражданской государственной службы в ча-

сти содержания служебного контракта необходимо привести в нужную степень соответствия с общими конструкциями о содержании трудовых договоров в России.

И тем не менее редакция Трудового кодекса РФ, появившаяся в 2006 г., остроту рассмотренных проблем притупила. Согласно тексту ст. 57 действующего ныне Трудового кодекса РФ содержание трудового договора составляют сведения и условия, а условия делятся на обязательные и дополнительные. Если об условиях речь в отечественной нормативной базе шла и ранее, то выделение сведений является одной из особенностей содержания трудовых договоров в современном трудовом праве России. Согласно ч. 1 ст. 57 Трудового кодекса РФ в трудовом договоре указываются: фамилия, имя, отчество работника и наименование работодателя (фамилия, имя, отчество работодателя–физического лица), заключивших трудовой договор; сведения о документах, удостоверяющих личность работника и работодателя–физического лица; идентификационный номер налогоплательщика (для работодателей, за исключением работодателей–физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями); сведения о представителе работодателя, подписавшем трудовой договор, и основание, в силу которого он наделен соответствующими полномочиями; место и дата заключения трудового договора. Как видно, употребление слова «сведения» относительно всей перечисленной информации вызывает определенные сомнения. Однако, если исходить из смысла ч. 3 ст. 57 Трудового кодекса РФ, все-таки получается, что все перечисленное надо называть именно «сведениями», указываемыми в трудовом договоре. Учитывая текст ч. 1 ст. 57, необходимо констатировать, что сведения делятся на представляющие основную информацию о каждой из сторон и указывающие на такие атрибутивные характеристики договора, как место и дата его заключения.

Если при заключении трудового договора в него не были включены какие-то сведения, предусмотренные ч. 1 ст. 57, то недостающие данные вносятся непосредственно в текст трудового договора. Хотя соответствующее пояснение в тексте этого осново-

полагающего кодифицированного закона о труде и отсутствует, но исходя из сути трудового договора очевидно, что при указанном внесении необходимы удостоверяющие подписи работника и надлежащего представителя работодателя—юридического лица или подпись работодателя—физического лица. Данная регламентация на практике и в теории обуславливает возникновение множества вопросов: от сугубо технических (например, как это оформлять) – до теоретико-прикладных (например, можно ли расценивать изменение сведения о стороне и дополнительное внесение какого-то сведения в текст договора в качестве изменения трудового договора). Поскольку Трудовой кодекс в главе «Изменение трудового договора» регламентирует лишь изменения определенных сторонами условий трудового договора, постольку изменения в текст трудового договора относительно сведений формально изменениями трудового договора не считаются⁴. Но в реальности они таковыми выступают. Вот почему в ч. 3 ст. 57 Трудового кодекса РФ желательна некоторая коррекция и дополнение по поводу сведений в содержании трудового договора. В этом дополнении целесообразно, как думается, установить, что сведения в содержании трудового договора могут быть изменены как дополнительным письменным соглашением его сторон, так и работодателем (его представителем) единолично в виде одновременной отчетливой и одинаковой коррекции всех экземпляров текста договора в присутствии работника (или с его письменного заявления – в отсутствие работника), но всегда под роспись работника. В связи с этим в ныне существующей редакции ч. 3 ст. 57 Трудового кодекса РФ желательны соответствующие перемены.

Разделяя идею о выделении в содержании трудового договора соответствующего фрагмента, нельзя не отметить спорность термина «сведения». Более удачным здесь видится словосочетание «реквизиты договора». А кроме того, надо признать формальную возможность диалектики реквизитов и условий трудового договора. Как ду-

⁴ Известное исключение составляет наименование работодателя в тех случаях, когда оно характеризует одновременно и место выполнения работы.

мается, реквизиты расцениваются таковыми лишь пока они не влияют на права и обязанности сторон. Все ситуации, характеризующие подобным влиянием, указывают на трансформацию реквизита в условие. Например, отражаемые в трудовом договоре расходы по проезду от места жительства до места, где реально будет реализовываться трудовой договор, могут быть связаны с датой заключения данного договора⁵. Тогда дата заключения становится условием трудового договора.

Термин «условие трудового договора» можно определить как право (права) одной стороны (работника или работодателя) и корреспондирующую этому праву (правам) обязанность (обязанности) другой стороны, связанные с решением в индивидуальном договорном порядке определенного вопроса или определенной группы вопросов трудового права. Например, одним из условий трудового договора является трудовая функция. Работодатель обязан предоставить работнику работу по указанной в трудовом договоре трудовой функции, а работник в порядке корреспондирования имеет право требовать этого от работодателя, а также право отказаться от выполнения работы, не охватываемой трудовой функцией.

Как уже отмечалось, круг условий трудового договора в России в настоящее время включает обязательные и дополнительные условия данного договора. Интереснейшую критику этого деления дает Е.Б. Хохлов, излагающий свою точку зрения по данной проблеме [12. С. 189–284]. И тем не менее далее в этом исследовании за точку отсчета берется позиция законодателя, зафиксированная в ст. 57 Трудового кодекса РФ.

Открытый перечень обязательных условий трудового договора содержится в ч. 2 ст. 57 Трудового кодекса РФ. В отличие от гражданско-правовых договоров отсутствие обязательных условий в трудовом договоре не влечет за собой его недействительности в

⁵ Интересно, что в Типовом контракте работника-мигранта, утвержденном резолюцией Комитета министров Совета Европы от 13 апреля 1976 г., предусмотрены отдельные даты подписания такого договора работником и работодателем (его представителем).

целом, или оценки его как незаключенного, или расторжения трудового договора. Обязательность условий трудового договора по сей день в России лишь означает, что такие условия должны быть раскрыты сторонами в любом трудовом договоре. Если это не происходит, то работодатель (его представители) может (могут) быть наказан (наказаны) в установленном порядке за нарушение требований трудового законодательства. В случае отсутствия в трудовом договоре каких-либо обязательных условий стороны должны дополнить трудовой договор либо приложением к нему, либо отдельным соглашением. В таких случаях и приложение, и соглашение после подписания обеими сторонами становятся неотъемлемой частью данного трудового договора (ст. 57 ТК РФ).

С данными решениями необходимо согласиться. Именно в этом усматривается основная детерминанта новаций в тексте ст. 57 Трудового кодекса РФ, происшедших в 2006 г. Имеется в виду отказ от термина «существенные условия трудового договора», спровоцировавшего параллели со ст. 432 ГК РФ. Согласно ч. 1 указанной статьи договор считается заключенным, если между сторонами достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. А в ч. 2 ст. 432 ГК РФ установлено, что существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные и необходимые для договоров данного вида, а также все условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. Невозможность подобных параллелей диктуется тем, что в отечественном трудовом праве, во-первых, существует заключение трудового договора путем фактического допущения работника к работе, во-вторых, имеется выделение дополнительных условий трудового договора, по которым всегда есть предложение одной из сторон о включении такого условия в содержание трудового договора. Нет оснований сейчас или в ближайшем будущем отказываться от обеих указанных конструкций. Вот почему, разделяя в принципе идею о возможном применении цивилистической логики к суждени-

ям о трудовых договорах, ее необходимо отвергнуть в данном случае.

Возникает вопрос о том, как быть с неопределенными обязательными условиями в содержании трудового договора до подписания приложения к нему или дополнительного соглашения. Вариантом той же проблемы, в сущности, выступают нередкие в практике ситуации, когда в нарушение Трудового кодекса РФ письменные трудовые договоры не заключаются. Обязательные условия трудового договора в таких случаях, скорее всего, должны определяться следующим образом. Сначала в максимально возможном объеме должны быть задействованы документы о труде, подписанные и работником и работодателем (естественно, если они есть), а потом – диспозитивные нормы трудового права, например локальные нормы о режиме работы и оплате труда. Далее в той части, в какой это не ухудшает юридического положения работника, надо использовать имеющиеся документы по оформлению трудовых отношений, подписанные только работодателем. Если этого недостаточно, то видится необходимым обращение к реальным фактическим обстоятельствам. Например, трудовой функцией предлагается считать ту работу, которую работник уже начал выполнять. Когда эти фактические обстоятельства расходятся с диспозитивными нормами и односторонне работодателем подписанными документами, приоритет целесообразен именно за фактическими обстоятельствами. Ведь у них *de facto* должна быть признана сила молчаливого соглашения путем совершения конклюдентных действий сторонами трудового договора. Последней возможной ступенью в разрешении поставленного вопроса усматривается применение обычаев делового оборота, не зафиксированных в правовых актах. Представляется, что изложенный «алгоритм» требует своего закрепления в одной из новых частей ст. 57 Трудового кодекса РФ.

В настоящее время в России обязательными условиями для включения в трудовой договор являются следующие. Во-первых, место работы. Данный термин сложно соотносится с понятием «рабочее место». В принципе, «место работы» и «ра-

бочее место» надо рассматривать как родовое и видовое понятия. «Место работы» – это термин, призванный обозначать любой из вариантов места выполнения работы. Трудоправовая «точка отсчета», в основном, начинается с указания государства. В России это положение выступает в качестве подразумеваемого исхода из обозначения населенного пункта на территории страны. А, например, Европейский типовой трудового договор, разработанный в Европейском союзе [19. С. 92], прямо требует оговорить наименование страны, нормативные акты которой регламентируют права и обязанности сторон этого договора. Соответствующее уточнение в трудовом договоре крайне важно с позиций коллизионного права, ибо во многих случаях при заключении трудовых договоров с иностранным субъектом в коллизионных ситуациях применяются акты государства, на территории которого работник обычно выполняет свою работу (см., например, [22. С. 74–75]). По мере развития внешней трудовой миграции это становится все более актуальным и для России. По мере последовательного обужения в применении термина «место работы» другим крайним уровнем (по сравнению со страной) и выступает указание на рабочее место.

Согласно ч. 6 ст. 209 Трудового кодекса РФ рабочим называется место, где работник должен находиться или куда ему необходимо прибыть в связи с его работой и которое прямо или косвенно находится под контролем работодателя. На практике это может быть станок, автомобиль, кабинет и т.п. К данной нормативной родо-видовой дефиниции, на наш взгляд, необходимо проявлять критическое отношение. Во-первых, родовые критерии, определяемые словом «место», явно далеки от дефинируемого явления. Во-вторых, видовой содержательный признак, выраженный словами «где работник должен находиться или куда ему необходимо прибыть в связи с его работой», дан излишне формализованно и недостаточно связан с деятельностью работника. В.Н.Толкунова этот недочет законодателя тактично подправила в связи с определением другого понятия по ст. 209 ТК РФ – «производственная деятельность». Она подчеркнула, что рабочее место – это

то место, где работник проявляет свои способности в труде, выполняет трудовую функцию [10. С. 386], а не просто находится. В-третьих, понятие «рабочее место», будучи одним из наиболее общих терминов трудового права, важно для всех его разделов, а не только для охраны труда. Значит, нормативная дефиниция указанного понятия должна быть дана в начале Трудового кодекса РФ.

Критикуя ст. 209 в данной части, надо иметь в виду, что соответствующее определение воспроизводит п. «с» ст. 3 Конвенции МОТ №155 от 22 июня 1981 г. о безопасности и гигиене труда в производственной сфере. Но некая расплывчатость международной конструкции объяснима: она должна быть такой, чтобы распространять свое действие на как можно большее число государств. Вместе с тем надо признать: подобная задача не стоит перед национальной нормативной дефиницией, которая должна быть более конкретной – не просто следовать за международным стандартом, а и учитывать своеобразие национальной юридической системы (см. об этом, например, [15]). Представляется, что в гл. 1 Трудового кодекса РФ «Основные начала трудового законодательства» целесообразно включить новую статью – «Основные общие понятия трудового законодательства». Именно в ней было бы логично привести нормативную дефиницию термина «рабочее место». При этом за основу целесообразно взять авторские дефиниции. Например, импонирует определение А.И. Ставцевой и О.С. Хохряковой: «Рабочим местом называется участок производственной площади, оснащенный оборудованием, приспособлениями и инструментами, с помощью которых работники выполняют свою трудовую функцию» [17. С. 26–27]. Эта дефиниция могла бы быть крайне полезной при ответе на вопросы о том, что есть «перемещение на другое рабочее место», что есть «прогул» и т.д. Правда, вместо слова «производственной» сейчас более приемлемы слова, «используемой работодателем».

Следует учитывать, что в действующем российском трудовом праве есть только одно фрагментарное правило о месте работы как обязательном условии трудового

договора. Согласно ч. 2 ст. 57 Трудового кодекса РФ, если работа осуществляется в филиале, представительстве или ином обособленном структурном подразделении, расположенном в другой местности, это в трудовом договоре нужно обязательно указать. Фрагмент ст. 57 Трудового кодекса РФ о подразделении и его местонахождении вызывает много вопросов и требует уточнения.

Во-первых, что такое «структурное подразделение»? Применительно к советскому этапу развития российского трудового права можно было бы говорить о структурных и подструктурных подразделениях (см. об этом [5. С. 57]). В современной ситуации, исходя из мнения пленума Верховного суда РФ, изложенного в постановлении от 17 марта 2004 г., указанное различие нивелировано. Теперь структурным подразделением считается любое подразделение, охватываемое структурой, установленной работодателем.

Далее возникает вопрос: что такое «другая местность»? По идее, после указания государства при характеристике места работы в трудовом договоре логично оговорить местность внутри такого государства. Как представляется, именно на это косвенно указывает использование российским законодателем словосочетания «другая местность». Но оно не имеет в России легальной дефиниции. Пробел преодолен в судебной практике. Согласно п. 16 постановления Пленум Верховного суда РФ от 17 марта 2004 г. «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» под другой местностью следует понимать местность за пределами административно-территориальных границ соответствующего населенного пункта. Такое игнорирование разницы условий жизни и территориального строения огромных городов и небольших населенных пунктов вряд ли справедливо. Думается, что другой местностью (с учетом конкретных обстоятельств) может являться и часть населенного пункта (см. об этом, например, [6. С. 1–2; 4. С. 97 – 98]). Но и такое уточнение необходимо воспринимать лишь в качестве одного из возможных вариантов, поскольку, например, при подвиж-

ном или разъездном характере работы его использовать невозможно. Вот почему и возникает предложение о том, чтобы под местностью, где выполняется работа по трудовому договору, понимать либо указанный в трудовом договоре населенный пункт, либо перечисленные в трудовом договоре населенные пункты, либо перечисленные (иным образом конкретизированные) в том же документе местности, в административно-территориальных границах которых осуществляется трудовая функция. По сложившейся практике к месту работы относится и указание на работодателя. Но при этом в отличие от соответствующего сведения юридическое внимание сосредотачивается именно на территориальном признаке. Наверное, в таком случае правильным было бы утверждать о территории и местонахождении работодателя. Например, на основании ч. 2 ст. 54 Гражданского кодекса РФ место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации, если в соответствии с законом в учредительных документах не установлено иное.

Необходимо разрешить и вопрос о том, что означает обособленность структурного подразделения. В первом приближении можно подумать, что упреждающее указание на филиалы и представительства при ответе на данный вопрос допускает учет функций подразделения, его организационно-юридических признаков и т.д. И тем не менее практика реализации ст. 57 Трудового кодекса РФ подтверждает другое – обособленность для подразделений, не являющихся филиалами или представительствами, просто означает их расположение в другой местности. И тогда отчетливо проявляется, во-первых, тавтологичность в суждении законодателя (имеется в виду указание и на обособленность, и на расположенность в другой местности), во-вторых, противоречивость между цивилистическим суждением законодателя (в сочетании с практикой применения соответствующего суждения, например, в районах внутри городов) в части места нахождения филиалов и представительств и рассмотренным выше правоположением, выработанным судебной практикой для понимания термина «другая мест-

ность» относительно других структурных подразделений. Здесь желательны не только известная унификация в понимании обособленности при одновременном расширении ее возможного содержания, но и увеличение степени свободы для сторон трудового договора. Целесообразно установить, что обособленность структурных подразделений возможна по организационным, финансовым, территориальным и иным существенным для сторон трудового договора критериям.

Противоречивость современной позиции российского законодателя относительно места работы как условия в содержании трудового договора усиливается тем, что в ст. 57 Трудового кодекса РФ оговаривается следующее. Уточнение места работы и (или) рабочего места может предусматриваться в трудовом договоре, но уже в качестве дополнительных его условий. Исходя из этой регламентации, в трудовых договорах в России можно оговорить работу, например, в определенном цехе (отделе и т.п.), на определенном участке, в определенной бригаде, на определенном станке (автомобиле и т.п.). Однако нельзя не заметить, что если уточнение рабочего места в свете действующего российского трудового законодательства, формально не включающего рабочее место в место работы, можно рассматривать в виде дополнительного условия, то уточнение структурных подразделений, не являющихся филиалами, представительствами или иными подразделениями, расположенными в другой местности, как характеристики места работы расценивать так же невозможно. Получается парадокс: данные характеристики места работы в российском трудовом праве, раскрывая определенные аспекты обязательного условия в содержании трудового договора, сами по себе остаются элементами факультативными.

К сожалению, термин «место работы» в целом не определен в отечественном трудовом законодательстве. На практике чаще всего место работы означает местность (например, какой-то населенный пункт) и территорию в границах этой местности, где выполняется работа (местонахождение работодателя в целом, отдельные объекты и

т.п.). В общем, в современном российском трудовом праве получается, что при ответе на вопрос о месте работы как обязательном условии любого трудового договора, судебная практика и сами трудовые договоры выступают как более значимые источники права по сравнению с нормативными правовыми актами, включая Трудовой кодекс РФ. Вряд ли такой расклад можно считать удачным. И дело не только в том, что уменьшена степень унифицированности соответствующих решений из-за незначительности и фрагментарности конструкции, зафиксированной в кодифицированном законе. Главный недостаток усматривается в том, что судебная практика и трудовые договоры – это в известной мере «конфликтующие» между собой источники трудового права. Представляется, что выход из сложившейся ситуации необходимо искать, усиливая роль трудовых договоров, но посредством расширения правил, установленных в Трудовом кодексе РФ. Здесь надо вспомнить о декларации, связанной со сближением российского права и права Европейского Союза, и закрепить в Трудовом кодексе русскоязычный аналог определения места работы в Директиве 91/533 ЕЕС, рассмотренной далее. Однако при этом важны и некоторые дополнения. Как представляется, в ст. 57 Трудового кодекса РФ целесообразно указать, что обязательными элементами, характеризующими место работы, выступают указания на 1) страну, где работа (преимущественная ее часть) выполняется; 2) местность внутри страны, где реализуется трудовая функция: населенный пункт, его часть, перечень населенных пунктов, регион или регионы; 3) территорию структурного подразделения, обособленного по организационным, финансовым, территориальным и иным критериям, существенным для интересов сторон трудового договора. При определении места работы в трудовом договоре факультативно можно указать и другие элементы, например рабочее место.

Второе условие – это трудовая функция. По главенству среди условий трудового договора она выступает самым важным обязательным условием. По идее, именно

оно должно быть первым в ч. 2 ст. 57 Трудового кодекса РФ. В науке и практике отечественного трудового права особая значимость трудовой функции довольно долгое время подчеркивалась тем, что при требовании определенности всех сначала необходимых, а потом существенных условий трудового договора всегда отдельно оговаривался принцип определенности именно трудовой функции (см., например, [16. С. 106–107]). Сейчас такое специальное подчеркивание значения определенности трудовой функции как бы растворяется в необходимости определенности всех обязательных условий трудового договора.

Долгое время в отечественном трудовом праве считалось, что трудовая функция служащих определяется должностью, а трудовая функция рабочих – профессией, специальностью и квалификацией. Правда, всегда признавались и другие варианты определения трудовой функции, но они рассматривались только в ракурсе особых (вне общих правил) случаев. Эта четкость была нарушена Трудовым кодексом РФ в связи с отказом от терминов «рабочие» и «служащие» в границах большинства институтов трудового права, исключая институты оплаты и нормирования труда. Ситуация усугубилась действующим вариантом типовой формы штатного расписания. В настоящее время в России в штатное расписание работодатели включают не только служащих, но и рабочих, именуя все соответствующие позиции в штатном расписании должностями. Внесение в 2006 г. изменений в ст. 57 Трудового кодекса РФ (а также в ст. 15) дает основания надеяться, что в российском трудовом законодательстве обозначился поворот к ранее существовавшему порядку.

Сейчас в качестве решения общего плана в Трудовом кодексе РФ называются три варианта определения трудовой функции: работа по должности в соответствии со штатным расписанием; работа по профессии, специальности с указанием квалификации; конкретный вид (скорее всего, все-таки виды) поручаемой работнику работы. При этом получается, что названия трудовых функций стороны трудового догово-

ра могут давать сами. Однако, если в соответствии с федеральными законами или иными нормативными правовыми актами с выполнением работ по определенным должностям, профессиям, специальностям связано предоставление компенсаций и льгот либо наличие ограничений, то наименование этих должностей, профессий или специальностей и квалификационные требования к ним должны соответствовать наименованиям и требованиям, указанным в квалификационных справочниках, утверждаемых в порядке, устанавливаемом Правительством РФ.

В науке трудового права России многие авторы предпринимали и предпринимают попытки вывести родо-видовую дефиницию понятия трудовой функции. Например, О.А. Архипова пишет, что трудовая функция, как юридическая категория представляет собой договорную обязанность работника выполнять по требованию и под контролем работодателя (его представителей), с подчинением внутреннему трудовому распорядку, систему рабочих движений, приемов, операций, обусловленных технологическим процессом организации (объективная сторона), с учетом личностных профессиональных возможностей трудящегося, т.е. его знаний, умений, навыков, таланта, способностей (субъективная сторона) [2. С. 8]. Как думается, в трудовом праве далеко не все понятия требуют своих родо-видовых дефиниций. В частности, для понимания трудовой функции в России вполне достаточно упомянутого перечня при условии трансформации его в примерный посредством слов «как правило», поскольку всего многообразия вариантов при установлении трудовой функции он не исчерпывает.

Другое дело, что вопросы вызывают некоторые решения, изложенные в Трудовом кодексе РФ для трудовых функций отдельных категорий работников. Например, в ст. 303 и в ст. 344 указано, что работники у работодателей–физических лиц и работники религиозных организаций обязаны выполнять любую не запрещенную федеральным законодательством работу, определенную

трудовым договором. Слова «любую» и «определенную» в такой конструкции видятся антагонистичными. Законодатель, видимо, имел в виду, что трудовой договор может в качестве трудовой функции таких работников предусматривать любую работу для подобных работодателей, кроме работ, запрещенных в нормативных правовых актах (но не только в федеральном законодательстве). В названных статьях нужны коррективы.

Думается, что в условиях рыночной экономики неверно сковывать свободу сторон трудового договора. Надо учитывать своеобразие деятельности работодателей и там, где это возможно, наращивать частные начала в трудовых договорах. Вот почему видится целесообразным впредь при централизованном правовом регулировании содержания таких договоров относительно трудовой функции ограничиться двумя требованиями. Во-первых, должно быть дано наименование трудовой функции. Во-вторых, необходимо либо краткое ее описание, либо отсылка к таким юридическим документам, как должностная инструкция (рабочая инструкция, положение о подразделении и т.п.), которые раскрывали бы то, что входит в трудовую функцию в данном случае.

Третье условие трудового договора – это дата начала работы. Согласно ч. 2 ст. 61 Трудового кодекса РФ работник обязан приступить к исполнению трудовых обязанностей со дня, определенного трудовым договором. Если в трудовом договоре не определен день начала работы, то работник должен приступить к работе на следующий день после вступления договора в силу. Изложенные правила важны, в частности, из-за того, что если работник не приступит к работе в день начала работы, то работодатель имеет право аннулировать трудовой договор.

Четвертое условие – это срок действия трудового договора и обстоятельства (причины), послужившие основанием для заключения срочного трудового договора. В тексте Трудового кодекса РФ это обязательное условие соединено с датой начала

работы. Интересно, что также поступили управомоченные структуры и в Европейском союзе при составлении Европейского типового трудового договора. Между тем вряд ли для этого есть объективные причины. Условие о сроке отличается от условия об упомянутой дате и его целесообразно указывать отдельно. Данное условие является обязательным только для срочных трудовых договоров. Получается, что указание на постоянность трудового договора, или на его неограниченность в сроке, в тексте трудовых договоров может не фиксироваться. Как отмечалось выше, оно подразумевается как само собой разумеющееся, если не предусмотрен срок трудового договора и (или) обстоятельства (причины), его обусловившие.

Определенное время в науке и практике отечественного трудового права велись споры по поводу того, является ли срок трудового договора его условием. Сейчас согласно ст. 57 Трудового кодекса РФ нужно однозначно утверждать следующее. Когда заключается срочный трудовой договор, срок его действия и обстоятельства (причины), послужившие основанием для этого, выступают обязательными для включения в содержание трудового договора его условиями. Но сохраняется некоторая неясность относительно трудовых договоров, заключаемых на неопределенный срок, о котором в ст. 57 не упоминается. Однако по сложившемуся практическому обыкновению в содержание большинства трудовых договоров в России обычно включается условие о неопределенном сроке трудового договора, бессрочности трудового договора, постоянном характере трудового договора и т.п.

И тем не менее в нашей стране заключается огромное число трудовых договоров, в которых о сроке не говорится вообще. В таких случаях действует ч. 3 ст. 58 Трудового кодекса РФ. Если в трудовом договоре не оговорен срок его действия, то договор считается заключенным на неопределенный срок. Данный срок и выступает условием трудового договора. Но тогда возникает второй вопрос: а можно ли в этом случае условие трудового договора рассматривать

в качестве определенного сторонами трудового договора. Выше доказывается, что подобное «молчаливое» решение сторон все-таки надо расценивать как условие, определенное сторонами трудового договора. Ведь работник и работодатель как бы сами выбрали вариант, выступающий обычным правилом, совершив конклюдентные действия относительно условия о неопределенном сроке трудового договора. Надо признать, что с учетом несовершенства ст. 57 Трудового кодекса РФ такой ответ может быть оспорен. Явно целесообразно, чтобы указание на неопределенность срока трудового договора стало обязательным для соответствующих ситуаций по тексту ст. 57 Трудового кодекса РФ.

Пятым условием является оплата труда. Трудовой кодекс РФ требует, чтобы во всех заключаемых трудовых договорах указывался размер тарифной ставки или оклада (должностного оклада) работника. Думается, что саму цель данной регламентации необходимо оценить позитивно. Но указанный законодателем путь для достижения этой цели все-таки видится неудачным. Свобода работодателя и его право на организацию труда немислимы вне его свободы (исключая тех, у кого фонд оплаты труда по своему образованию является бюджетным) определять системы оплаты труда. Указанное положение Трудового кодекса РФ данную свободу необоснованно ограничивает, например, невозможностью так называемых «бестарифных» систем оплаты труда работников. Представляется, что в содержании трудовых договоров важно определить прежде всего минимальную точку отсчета в определении размера заработной платы конкретного работника, своего рода индивидуальный минимальный заработок. По такому пути идет, например, право Европейского союза. Есть убежденность в том, что оспариваемая отечественная регламентация должна быть изменена в соответствующем направлении.

Существующее ныне положение вызывает много вопросов. Например, а можно ли в трудовом договоре сделать отсылку к локальным актам, определяющим у данного

работодателя размеры должностных окладов и тарифных ставок. По данному вопросу высказаны диаметрально противоположные мнения. Но поскольку Трудовой кодекс требует указания размера названных базовых частей заработной платы именно в трудовых договорах, постольку это не может предполагать отсылочных вариантов. Но тогда стороны трудового договора обречены на перманентные дополнительные соглашения о его изменении при каждой даже незначительной перемене соответствующей суммы. Это может быть для них очень обременительной и во многих случаях излишней процедурой.

Нельзя исключать и того, что в рассматриваемом фрагменте трудового договора может фиксироваться обязательный минимальный размер оплаты труда в РФ или в субъекте РФ (ст. 133 и ст. 133.1 Трудового кодекса РФ). В мировой практике трудового права такое не является редкостью, начиная с Акта о справедливых трудовых стандартах, принятого в США в 1938 г. Тогда была установлена минимальная почасовая оплата размером в 25 центов [25. Р. 138–139].

Помимо размера тарифной ставки или оклада (должностного оклада), в условия оплаты труда включаются доплаты, надбавки и поощрительные выплаты. Между тем, как показывает лексическое толкование ст. 57 Трудового кодекса РФ, обязательность указания на размер доплат, надбавок и поощрительных выплат в трудовых договорах не предусмотрена, поэтому получается, что они просто должны быть перечислены по их названиям. Вместе с тем не возбраняются и более подробные описания условий данных денежных выплатах. Но здесь явно оптимальнее отсылки, например, к разделам коллективных договоров, к локальным положениям об оплате труда и другим документам, в которых могут содержаться более подробные сведения об этих денежных выплатах. Важно, чтобы каждому работнику был обеспечен доступ к достаточно полной и достоверной информации по указанному кругу вопросов (см. об этом, например, [23. С. 40]).

Шестое условие – это режим рабочего времени и времени отдыха. Расположение данного обязательного условия трудового договора в ст. 57 Трудового кодекса РФ несколько нелогично. Ведь условия оплаты труда должны исходить из режима рабочего времени. Следовательно, сначала требуется оговорить в трудовом договоре условие о рабочем времени, а после него – условие об оплате. Употребление термина «режим времени отдыха» в России вообще проблематично, поскольку этот термин не раскрывается в разделе V «Время отдыха» Трудового кодекса РФ. Тем не менее с учетом главы 16 «Режим рабочего времени» отечественного кодифицированного закона о труде очевидно, что когда речь идет о режиме рабочего времени и времени отдыха, то подразумеваются особенности применения к работе по соответствующему трудовому договору правил о рабочем времени и времени отдыха. Рассматриваемое условие трудового договора выступает в качестве обязательного только для тех случаев, когда режим работы и отдыха для конкретного работника по данному трудовому договору отличается от общих правил, действующих у данного работодателя. Например, работнику установлено неполное рабочее время (ст. 93 Трудового кодекса РФ), ненормированный рабочий день (ст. 101 Трудового кодекса РФ), на основании ст. 102 Трудового кодекса РФ – работа в режиме гибкого рабочего времени, по правилам ст. 104 Трудового кодекса РФ – суммированный учет рабочего времени. Возможны случаи, когда для работника предусматривается специальный перерыв, обусловленный технологией и организацией производства и труда (ст. 109 Трудового кодекса РФ), дополнительный отпуск по ст. 116 Трудового кодекса РФ и т.д. Во всех отмеченных ситуациях в трудовом договоре должна содержаться достаточно полная информация, позволяющая реально исполнять те или иные правила, хотя бы посредством отсылок к локальным нормативным актам, фрагментам коллективных договоров и т.п.

В качестве седьмого условия определены компенсации за тяжелую работу и ра-

боту с вредными и (или) опасными условиями труда, если работник принимается на работу в соответствующих условиях, с указанием характеристик условий труда на рабочем месте. Как видно, данное условие также является обязательным не для всех, а только для определенных трудовых договоров. Для обеспечения компенсации профессиональных рисков важны указания на установление сокращенного рабочего времени (ст. 92 Трудового кодекса РФ), оплату труда в повышенном размере (ст. 146 Трудового кодекса РФ), дополнительный отпуск (согласно ст. 117 Трудового кодекса РФ), обеспечение средствами индивидуальной защиты (ст. 221 Трудового кодекса РФ), выдачу молока и лечебно-профилактического питания (ст. 222 Трудового кодекса РФ) и т.п. Думается, что в соответствующем фрагменте трудовых договоров должны быть отражены противодействия любым профессиональным рискам, если таковые есть. Здесь крайне важна увязка с аттестацией рабочих мест⁶.

Восьмым пунктом выступают условия, определяющие в необходимых случаях характер работы (подвижной, разъездной, в пути, другой характер работы). Российский законодатель здесь явно неудачно использовал термин «характер работы»: если прилагательные «подвижной» и «разъездной» еще можно признать частными характеристиками вида работы, то с понимаем слов «другой характер работы» ясности нет. Можно только предположить, что речь идет о ситуациях, перечисленных в ст. 168.1 Трудового кодекса РФ. Но и в ней есть то, что надо критиковать. Термин «постоянная работа, осуществляемая в пути» вносит путаницу в данные о сроке трудового договора. Без каких-либо объяснений упоминаются работы в полевых условиях и работы экспедиционного характера. Представляется, что соответствующую границу условий в содержании трудовых договоров целесообразнее назвать условиями, показывающими

⁶ См. порядок проведения аттестации рабочих мест по условиям труда, утвержденный приказом Минздрава от 31 августа 2007.

на специфику организации труда, рассматривая их шире, чем это предполагается Трудовым кодексом РФ сейчас. Предлагаемое обновление позволит здесь учесть, например, трудовой договор при временном переводе профессиональных спортсменов к другому работодателю, возможный в будущем в трудовом праве России заемный труд и т.д. Как бы то ни было, рассматриваемое условие также является обязательным только для определенных случаев трудовых договоров, но не для всех из них.

Девятое условие связано с обязательным социальным страхованием работника. В 2006 г. внесено дополнение в ст. 1 Трудового кодекса РФ, согласно которому отношения по обязательному социальному страхованию в случаях, предусмотренных федеральными законами, включены в число так называемых «иных непосредственно связанных с трудовыми отношениями отношений». С учетом этого обстоятельства в обязательные условия трудовых договоров в России включено условие об обязательном социальном страховании работника в соответствии с настоящим Кодексом и иными федеральными законами. На практике соответствующее обязательное условие трудового договора толкуется в границах ст. 8 Федерального закона «Об основах обязательного социального страхования», принятого 9 июля 1999 г.

Десятым названы другие условия в случаях, предусмотренных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права. Надо сразу же заметить, что указание на иные нормативные правовые акты в контексте ч. 2 ст. 57 Трудового кодекса выглядит нелогичным. Одно дело, когда такие акты как бы разъясняют условие, названное в виде обязательного в Трудовом кодексе РФ, что вполне разумно. Другое дело, когда Трудовой кодекс РФ по столь важной проблеме позволяет решение в подзаконных нормативных актах. Это надо расценивать как необоснованное суждение. К случаям, предусмотренным законодательством, например, относится условие о том, что порядок и сроки обеспечения

надомников сырыми материалами и полуфабрикатами, расчетов за изготовленную продукцию, возмещения стоимости материалов, принадлежащих надомникам, порядок и сроки вывоза готовой продукции определяются трудовым договором (ч. 3 ст. 310 Трудового кодекса РФ). Логика рассуждений требует, чтобы все ситуации, когда обязанность неразглашения какой-либо тайны предусмотрена в трудовом законодательстве, также были отнесены к обязательным условиям (а не дополнительным, как это происходит ныне). Иные нормативные правовые акты в таких случаях не будут служить достаточным правовым основанием, ибо в Трудовом кодексе РФ упоминается тайна, охраняемая именно законом.

Подводя итог анализу каждого из обязательных в России условий трудовых договоров в отдельности, можно сделать ряд обобщений.

Прежде всего необходимо обратить внимание на неунифицированную терминологию. Выше уже были отмечены терминологические расхождения между Трудовым кодексом РФ и законодательством о государственной гражданской службе. Но подобные расхождения имеются и в самом Трудовом кодексе РФ. Согласно ч. 2 ст. 303 и ч. 3 ст. 344 в трудовые договоры с работниками у работодателей – физических лиц и в религиозных организациях включаются существенные для работника и работодателя условия. При этом только относительно религиозных организаций отмечается обязательность соответствия Трудовому кодексу РФ. Между тем данное соответствие является атрибутивным для всех трудовых договоров в России в силу ст. 9 Трудового кодекса РФ. Но важно устранить не только этот просчет. Еще важнее исключить имеющую ныне место ситуацию, когда актуальное трудовое право России не содержит никаких объяснений относительно термина «существенные условия трудового договора». Возможность расценивать смысл этой конструкции как любые условия, важные для сторон трудового договора, крайне заманчива с позиций рынков труда, но она видится опасной для работников, не отве-

чающей публичному интересу в трудовом договоре и, наконец, рушащей общее понимание содержания трудового договора в России. Представляется, что диспозиции ст. 303 и 344 надо приводить в соответствие со ст. 57 Трудового кодекса РФ. Есть убеждение в том, что время резкой дифференциации указанных классов трудовых договоров по решению рассматриваемого сущностного вопроса еще не наступило.

Далее необходимо констатировать, что Трудовой кодекс РФ пытается разделить обязательные условия на условия, которые обязательны для всех трудовых договоров, и условия, обязательные только для определенных трудовых договоров. Подобную попытку следует одобрить. Но она должна быть доведена до необходимой степени точности. Видимо, в ч. 2 ст. 57 Трудового кодекса РФ сначала надо исчерпывающе перечислить все условия (их фрагменты), обязательные в России для любого трудового договора. А потом путем примерного перечня, закрываемого отсылкой к трудовому законодательству, полезно изложить примерный перечень условий (фрагментов), обязательных для отдельных классов трудовых договоров. Параллельно необходимо устранить противоречие ст. 6 и ст. 252 Трудового кодекса РФ в части разграничения полномочий между федеральными и региональными законодательными органами в связи с установлением особенностей для отдельных категорий работников. Законодательные органы субъектов РФ должны иметь полномочия по улучшению правового положения отдельных категорий работников, включая полномочия по установлению круга обязательных условий трудовых договоров, если с позиции публичного интереса это будет направлено на юридическую защиту работников.

В первую из предложенных подгрупп надо включить условия (их рассмотренные выше фрагменты) о трудовой функции, месте работы, дате начала работы, об оплате труда. Во вторую – о сроке договора, о рабочем времени и времени отдыха, компенсациях за профессиональные риски и специфику организации труда, об охране тай-

ны, доверенной работнику, указание на работу по совместительству и другие условия, названные в качестве обязательных для включения в трудовые договоры в Трудовом кодексе РФ, иных федеральных законах и в законах субъектов Российской Федерации.

Исследование ст. 57 Трудового кодекса РФ доказывает, что законодатель пока нечетко соотносит содержание трудовых договоров и содержание индивидуальных трудовых правовых отношений. На это указывает включение условий об обязательном социальном страховании работника в число обязательных условий трудового договора. Это нивелирует точку отсчета в названном соотношении. В содержание индивидуального трудового правового отношения включаются все условия, правомерно указанные сторонами в трудовом договоре (содержание трудового договора), а кроме того – права и обязанности работника и работодателя, установленные трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами о труде (включая локальные) и вытекающие из социально-партнерских актов ([14. С. 613]). В связи с этим в тексте ст. 57 Трудового кодекса РФ вновь требуются коррективы. А ее целесообразно сформулировать следующим образом: «Содержание трудового договора и содержание индивидуального трудового правового отношения».

Помимо перечисленных выше обязательных условий трудового договора, в соответствии с ч. 4 ст. 57 Трудового кодекса РФ в нем могут быть предусмотрены дополнительные условия, не ухудшающие положение работника по сравнению с установленным трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами. В качестве дополнительных условий, в частности, может быть оговорено испытание при приеме на работу (ст. 70 Трудового кодекса РФ), зафиксирована как обязательная обязанность работника отработать после обучения не менее установленного договором

срока, если обучение проводилось за счет средств работодателя, и т.д. В ст. 57 содержится только примерный перечень дополнительных условий трудового договора. Самое важное для данных условий – это не ухудшить правовое положение работника. Все ухудшающие правовое положение работника условия трудового договора (т.е. ограничивающие права работника или снижающие уровень гарантий этих прав) не подлежат применению (ст. 9 Трудового кодекса РФ).

Дополнительные условия трудовых договоров делятся на подгруппы, причем довольно своеобразно. Согласно постановлению Пленума Верховного суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» дополнительные условия трудового договора могут не только иметь трудовую правовую смысль, но и носить гражданско-правовой характер. Условия о предоставлении жилого помещения, о выплате работнику суммы на приобретение жилого помещения и т.п., будучи включенными в содержание трудового договора, остаются гражданско-правовыми обязательствами работодателя и в России не регулируются трудовым правом. Однако это не означает, что их включение в трудовой договор незаконно.

За рубежом России практика включения в трудовые договоры гражданско-правовых регламентаций является сложившимся обыкновением. Например, Европейский типовой трудовой договор содержит особую статью «Служебные изобретения». В ней сторонам предлагается включать в содержание трудового договора следующие положения. «Работник обязан незамедлительно сообщить своему работодателю о сделанных им изобретениях в связи с трудовой деятельностью. Не позднее 4 месяцев после того, как работник заявил о сделанном им служебном изобретении, работодатель может предъявить на него права. Если работодатель присваивает служебное изобретение, он обязан выплатить компенсацию, размеры которой определяются (а) реальной пользой изобретения для работодателя; (б)

должностью и заработной платой изобретателя, ролью работодателя в создании условий, при которых изобретение оказалось возможным». В конце рассматриваемой примерной формы предлагается статья «Постдоговорные права». В ней, в частности, предусматривается: «При заключении договора на неопределенный срок работник на период _____ после прекращения трудовых отношений обязуется не конкурировать с работодателем в определенном районе. Работодатель обязан выплатить за это работнику компенсацию в размере _____». Эта компенсация выплачивается в полном размере работнику по его требованию при прекращении трудового договора факультативно.

Получается, что трудовой договор может иметь природу сложного договора. В России в таком договоре выделяются трудовой договор и гражданско-правовые договоры⁷.

Для сравнения интересно обратиться к тому, как проблема содержания трудового договора в целостном варианте разрешается за рубежом.

В государствах Европейского союза содержание трудовых договоров унифицировано благодаря Директиве 91/533/ЕЕС «Об обязательности работодателя информировать служащих по поводу условий, применимых в договорах или трудовых отношениях» [26]. Перечень таких условий дан в ст. 2 этой Директивы. Он не имеет исчерпывающего характера и включает в себя следующие условия работы (по принятой в юридической литературе терминологии – *working conditions*): идентификацию сторон; место работы или (если невозможно его зафиксировать) главное место работы (с этой же целью могут быть изложены сведения о месте регистрации бизнеса или (когда это подходит) местожительство работодателя); название, род, характер или категория работы и ее краткое описание; дату вступления договора в силу; в случае срочного договора – его длительность; продолжительность

⁷ Спорная, но интересная точка зрения на этот счет высказана в [14. С. 623 – 626].

оплачиваемого отпуска; длительность периода предупреждения об увольнении; начальную базовую сумму, другие составные элементы и уточнение выплаты вознаграждения служащему; длительность нормального рабочего дня или рабочей недели; когда необходимо – применение коллективных договоров к условиям работы.

В иностранной литературе идут дебаты по вопросу об условиях, не включенных в изложенный перечень. Многие специалисты находят, что соответствующая обязанность распространяется на все существенные (essential) условия работы. Однако судебная практика показывает: если условия работы не определены в качестве обязательных для изложенного выше порядка, то стороны трудового договора могут по ним не договариваться (см. об этом [24. Р. 607]).

Получается, что в странах Европейского союза содержание трудового договора состоит из условий работы. Условия работы при этом делятся на обязательные и все другие. Судя по научной литературе, возможна упреждающая градация условий работы на существенные и иные⁸. При признании такой точки зрения именно существенные условия подразделяются на необходимые и другие (которые с позиций российской юридической традиции хочется назвать факультативными или дополнительными).

Библиографический список

1. Александров Н.Г. Статья 15 КЗоТ СССР «Стороны и содержание трудового договора» / Н.Г. Александров, В.И. Никитинский // Комментарий к законодательству о труде / под ред. В.И. Теребилова. М., 1981.
2. Архипова О.А. Трудовая функция работника (правовые вопросы): автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О.А. Архипова. Томск, 1999.

⁸ В отечественной науке трудового права, по сути, аналогичная точка зрения также отстаивается некоторыми специалистами. См., например, [14. С. 610–611].

3. Бугров Л.Ю. Проблемы свободы труда в трудовом праве России / Л.Ю. Бугров. Пермь, 1992.
4. Бугров Л.Ю. Свобода труда и свобода трудового договора в СССР / Л.Ю. Бугров. Красноярск: Изд-во Красноярского госу у-та, 1984.
5. Бугров Л.Ю. Советское законодательство о переводах на другую работу (некоторые вопросы развития) / Л.Ю. Бугров. Красноярск, 1987.
6. Бюллетень Верховного суда РСФСР. 1974. № 2.
7. Голованова Е.А. Содержание трудового договора / Е.А. Голованова // Роль договора в регулировании общественных отношений. Пермь, 1979.
8. Дресвянкин В.Б. Пробелы в российском трудовом праве / В.Б. Дресвянкин. Пермь, 2004.
9. Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право / И.Я. Киселев. М., 1999.
10. Комментарий к Трудовому кодексу РФ / под ред. К.Н. Гусова. М., 2002.
11. Кураев В.И. Диалектика содержательного и формального в научном познании / В.И. Кураев. М., 1977.
12. Курс российского трудового права / под ред. С.П. Маврина, Е.Б. Хохлова, А.С. Пашкова / под ред. Е.Б. Хохлова. СПб., 2007. Т. 3.
13. Лушникова М.В. Курс трудового права: в 2 т. / М.В. Лушникова, А.М. Лушников. М., 2004. Т. 2.
14. Лушникова М.В. Очерки теории трудового права / М.В. Лушникова, А.М. Лушников. М., 2006.
15. Международная организация труда. Россия и международная организация труда: перспективы взаимовыгодного сотрудничества / под ред. Т.В. Ярыгиной. М., 2003.
16. Ставцева А.И. Правовые вопросы прекращения трудовых ресурсов / А.И. Ставцева. М., 1974.
17. Ставцева А.И. Трудовой договор / А.И. Ставцева О.С. Хохрякова. М., 1983.
18. Тайц И.А. Кодексы законов о труде союзных республик / И.А. Тайц. М., 1975.

-
19. *Трудовое право*. 2000. № 4.
 20. *Шеламыгин И.Н.* Фабричное законодательство в России (2-я половина XIX века) / И.Н. Шеламыгин. М., 1947.
 21. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права / Г.Ф. Шершеневич. СПб., 1907.
 22. *Шестерякова И.В.* Международно-правовое регулирование / И.В. Шестерякова. Саратов, 2004.
 23. *Эренберг Р.* Современная экономика труда. Теория и государственная политика / Р. Эренберг, Р. Смит. М., 1996.
 25. *Vorjas G.* Labour Economics / G. Vorjas. Harvard, 2000.
 24. *Barnard C.* EC Employment Law / C. Barnard. Oxford, 2006.
 26. Official Journal of European Communities. 1991. L 288/32.

A CONTENT OF A LABOUR CONTRACT

L.Yu. Bugrov

Perm State University, 614990, Perm, Bukireva st., 15

Obligatory conditions of labour contracts in Russia are analysed minutely. They are divided by obligatory conditions of all such contracts and by obligatory conditions of specific kinds of them only. The author suggests some changes on this set of Russian legal norms towards a direction demanded by a development of a market economy in Russia. He compares home regulations with similar issues of EC employment law.

Keywords: content, employment contract, obligatory conditions, supplementary conditions

ТРУДОВЫЕ ПРАВА И СВОБОДЫ: МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПОДХОДЫ**М.В. Лушникова**

Доктор юридических наук, профессор кафедры трудового и финансового права
Ярославского государственного университета, 150000, г. Ярославль, ул. Собинова, 36-А

В статье анализируются некоторые наиболее общие подходы к правам и свободам в сфере труда.

Ключевые слова: труд, права, свободы

В ТК РФ применяются термины «трудовые права», «свободы», «интересы» работников и работодателей. Между тем, из закона не следует критериев их разграничения. Более того, законодатель зачастую сводит эти правовые явления под общую категорию «трудовых прав» (ст. 2, 21, 22 ТК). Не претендуя на разрешение этой проблемы, ограничимся лишь некоторыми замечаниями по указанному поводу. Начнем с трудовых свобод.

Л.Ю. Бугров в исследовании, специально посвященном проблемам свободы труда в трудовом праве России, пишет, что «свобода труда означает практическую реализацию осознанной необходимости и творческого выбора в трудовых и тесно сопряженных с ними общественных отношениях, а с позиций права – в правовом регулировании соответствующих связей, его процессе и результатах» [1. С. 29]. В свою очередь принцип свободы труда прямо или косвенно проявляется во всех нормах трудового права [1. С. 68]. Таким образом, принцип свободы труда рассматривается одновременно как межотраслевой, так и отраслевой правовой принцип, пронизывающий всю «ткань», все институты трудового права.

В действующем ТК РФ законодатель упоминает о свободе труда (ст. 2 ТК) и свободе выбора при коллективных переговорах по вопросам, входящим в сферу труда (ст. 24 ТК). Свобода в философском понимании рассматривается как «возможность поступать так, как хочется. Свобода – это свобода воли» [5. С. 406]. В этом смысле

свобода есть внешнее и внутреннее состояние независимости личности. Идея неразделимости свободы и права зародилась еще в эпоху Просвещения. Свобода тогда понималась как величайшая человеческая ценность, противостоящая произволу власти, которая должна быть защищена законом. Ш. Монтескье писал, что «в государстве, т.е. обществе, где есть законы, свобода ... есть право делать то, что дозволено законом» [9. С. 74]. Категория свободы более адекватна первому поколению прав человека – политическим и гражданским личным правам. Они имеют ярко выраженную индивидуалистическую окраску, автономию и ограждают личность от государства. Как отмечалось, именно в этой связи права первого поколения признаются естественными неотчуждаемыми правами. Данные права зачастую и формулируются в виде свободы.

Вместе с тем, осуществление прав и свобод гражданина и человека не должно нарушать права и свободы других лиц (ст. 17 Конституции РФ). Б.Н. Чичерин писал, что «свобода не может считаться неприкосновенным правом, ибо закон всегда ее касается, ограничивая ее во имя чужой свободы и общественной пользы» [11. С. 34]. Между тем, пользование свободой может быть совершенно парализовано недостатком средств к существованию лица (см. об этом [8] и др.). Общество потребовало от государства взять на себя целый ряд социальных функций. Речь идет о втором поколении прав человека – социально-экономических правах. Эти права предполагают иную правовую форму, ибо форма «свободы» не обеспечивает гарантий второму поколению прав.

Свобода, как особое правомочие лица, реализуется в рамках абсолютного правоотношения, когда другая сторона (все иные лица, неопределенный круг лиц) не должны препятствовать реализации свободы лица. По сути, свобода в правовом смысле – это возможность выбора субъектом трудового права не запрещенных нормами права моделей поведения, включая и возможность отказа от их реализации. Легализуя свободы, государство делает акцент именно на независимый, максимально возможный индивидуальный выбор личности, гарантирует невмешательство в него со стороны государства и иных субъектов. Зачастую в юридической литературе отмечается, что термин «свобода» призван подчеркнуть более широкие возможности индивидуального выбора, не очерчивая конкретного его результата.

Еще в начале XX в. в российской теории права проводилось разграничение субъективных публичных прав на две группы. К первой относились так называемые права-свободы, составляющие возможность индивидуального поведения личности, которая остается за вычетом правовых ограничений. Г.Еллинек по этому поводу писал, что «при ближайшем рассмотрении нетрудно, однако, убедиться, что мы имеем дело здесь не с отдельными правами, а только с особо признанными направлениями индивидуальной свободы, которая сама по себе едина и означает свободное от вмешательства государства состояние индивида. В силу такого своего положения лицо приобретает притязание на отмену всех нарушающих свободу распоряжений государства» [4. С. 406]. Это так называемые права-свободы («негативный статус» [3. С. 108–133]), которым соответствует обязанность невмешательства власти в сферу самоопределения, отведенную индивиду законом. Вторую группу публичных прав составляют собственно права-притязания на положительные действия государства в интересах индивида. Они являются противоположностью названному выше, их содержанием является не отрицательная свобода от государства, а

положительные действия последнего [4. С. 406].

Трудовые права принадлежат второму поколению прав – социально-экономическим правам. В этой связи подавляющая часть прав сформулирована в виде права на собственные действия и права-притязания. Права в форме свободы предполагают доминирование личностных элементов в характеристике возможностей, предоставленных лицу: свободно распорядиться своей способностью к труду, свободно в договорном (индивидуальном и коллективном) порядке определить условия труда. Субъекты трудового права (работник, работодатель, их представители) при реализации предоставленных свобод, выбирают любую не запрещенную законом модель поведения. Так же как и в отношении трудовых прав, законодатель запрещает ограничение свобод работника в сфере труда (ст. 3 ТК). Однако большинство свобод в сфере труда опосредуются правами, т.е. законодатель легализует и гарантирует трудовые свободы через юридическую конструкцию трудовых прав, определяя порядок их реализации. Н.И. Матузов отмечает, что свобода в юридическом смысле и есть субъективное право, как и наоборот, субъективное право есть юридически гарантированная свобода [7. С. 249–250]. В этой связи, в ТК РФ, например, заявляется не о свободе объединения (ассоциации), а о праве работников и работодателей на объединение, в свободу труда включается право на труд, право распоряжаться своими способностями (ст. 2).

В Конвенциях МОТ и иных международных актах о труде также применяются юридические конструкции свободы (например, свобода ассоциации) и прав (например, право на равную оплату за равный труд, на ежегодный оплачиваемый отпуск и др.). Всеобщая Декларация прав человека (1948 г.) провозглашает, что все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах. Каждый человек должен обладать всеми правами и свободами, без какой бы то ни было дискриминации, как-то: в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных

убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения. При этом свободы определяются как более емкая категория, которая включает и права: в то же время реализация прав осуществляется на основе свободного выбора. Так, в соответствии с международно-правовыми нормами каждый человек имеет права на свободу мирных собраний и ассоциаций, включая право создавать профсоюзы и вступать в таковые для защиты своих интересов (*Международный пакт о гражданских и политических правах* (1966 г.), ст. 22). Каждый человек имеет право на труд, который он свободно выбирает или на который он свободно соглашается (*Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах* (1966 г.), ст. 6). Таким образом, взаимосвязь и взаимообусловленность прав и свобод – необходимая основа международно-правовых стандартов трудовых прав. Между тем, каждое государство с учетом национальной правовой системы устанавливает порядок реализации и защиты трудовых прав и свобод. Во Франции и Великобритании, например, существуют противоположные концепции (юридические конструкции) права на забастовку. В первой – это конституционное право, тогда как во второй – это свобода, гарантирующая участникам только защиту от судебного преследования (если забастовка не сопровождалась наказуемыми преступлениями), но не от увольнений [10. С. 38].

Таким образом, понятия права и свободы имеют как сходство, так и различия. Сходство определяется через правовую возможность, меру возможного поведения. В отношении различий очевидно, что права предполагают возможность получения каких-либо социальных благ, и государство берет на себя ответственность за их обеспечение. В то же время свободы – это возможности лица избежать определенных ограничений со стороны государства [2. С. 133–134]. Иными словами, государство берет на себя обязательства не препятствовать реализации свобод индивида, но осуществляет контроль, чтобы индивид не ис-

пользовал свободой во вред другим лицам и государству.

Реализация трудовых прав и свобод не безгранична. Пределы ограничения трудовых прав и свобод связаны, на наш взгляд, со следующими отправными положениями. Во-первых, трудовые права и свободы могут быть ограничены только федеральным законом в строго определенных Конституцией РФ (ст. 55) случаях, преследовать конституционно значимые цели. Во-вторых, ограничения трудовых прав должны быть соразмерными, они не должны нарушать принципа равенства субъектов этих прав. В-третьих, вводимые федеральным законом ограничения трудовых прав не должны затрагивать само существо того или иного права и приводить к утрате его реального содержания. В-четвертых, ограничение трудовых прав должно быть соразмерным, должно обеспечивать баланс соответствующих конституционных прав и свобод сторон трудового отношения (см. об этом подробнее [6]).

Библиографический список:

1. *Бугров Л.Ю.* Проблемы свободы труда в трудовом праве России / Л.Ю. Бугров. Пермь, 1992.
2. *Воеводин Л.В.* Юридический статус личности в России / Л.В. Воеводин. М., 1997.
3. *Гессен В.М.* Подданство, его установление и прекращение / В.М. Гессен. СПб., 1909.
4. *Еллинек Г.* Общее учение о государстве / Г. Еллинек. СПб., 2004.
5. *Краткая философская энциклопедия.* М., 1994.
6. *Лушникова М.В.* О пределах ограничения трудовых прав и свобод / М.В. Лушникова, А.М. Лушников // Трудовое право. 2008. №7.
7. *Матузов Н.И.* Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права / Н.И. Матузов. Саратов, 1972.
8. *Новгородцев П.И.* О праве на существование. Социально-философские этюды /

- П.И. Новгородцев, И.А. Покровский. СПб.-М., 1911.
9. *О свободе*. Антология западноевропейской классической либеральной мысли. М., 1995.
10. *Труд в мире*. Трудовые отношения, демократия и социальная стабильность. 1997–98. МБТ. Женева. М., 1998.
11. *Чичерин Б.Н.* Курс государственной науки / Б.Н. Чичерин. М., 1894. Ч. 1.

LABOUR RIGHTS AND FREEDOMS: METHODOLOGICAL APPROACHES

M.V. Lushnikova

Yaroslavy State University, Yaroslavl, str. Sobinova, 36 – A

Some most general approaches concerning rights and freedoms in a field of a labour are analysed in this article.

Keywords: labour, rights, freedoms

IV. УГОЛОВНОЕ ПРАВО, ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА, КРИМИНОЛОГИЯ

ПРОБЛЕМЫ КОНТРОЛЯ И ЗАПИСИ ПЕРЕГОВОРОВ

И.Я. Моисеенко

Кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистика
Пермского государственного университета, 614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15

Дается определение относительно нового следственного действия – контроль и запись переговоров, рассматриваются проблемные вопросы процессуальной регламентации этого следственного действия, срока проведения, порядка прослушивания фонограмм и назначения фоноскопической судебной экспертизы.

Ключевые слова: контроль и запись переговоров, фонограмма, субъекты следственного действия

Контроль и запись переговоров как самостоятельное следственное действие приобрело свой официальный статус в виде ст. 186 УПК РФ, принятого Государственной Думой РФ 22 ноября 2001 г. и введенного в действие с 1 июля 2002 г. Включение в новый УПК РФ этой статьи обусловлено тем обстоятельством, что в последние годы в нашем обществе нашли широкое распространение различные виды технических средств связи (портативные рации, мобильные и проводные телефоны, средства космической связи и др.), позволяющие людям общаться, обмениваться различной информацией. Естественно, что эти средства используются как преступниками при совершении различных противоправных деяний, так и правоохранительными органами с целью предупреждения и раскрытия преступлений. В связи с этим следует отметить, что ст. 23 Конституции РФ гарантируется каждому гражданину право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения. Впервые на законодательной основе возможность прослушивания и технической записи переговоров в борьбе с преступностью была закреплена законом СССР от 12 июня 1990 г. «О внесении изменений и дополнений в Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик», дополнившим эти

«Основы» статьей, которая допускала при расследовании преступлений прослушивание и звукозапись переговоров по телефонам и другим переговорным устройствам. Основные положения этой статьи вошли в содержание ст. 186 УПК РФ. Кроме того, общий порядок прослушивания и записи телефонных переговоров был закреплен и в иных федеральных законах. Так, например, ст. 32 закона РФ «О связи» от 16 февраля 1995 г. и ст. 22 закона РФ «О почтовой связи» от 9 августа 1995 г. было установлено, что прослушивание телефонных переговоров допускается только на основании судебного решения. В ст. 8 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» отражено аналогичное положение, закрепляющее, что проведение таких оперативно-розыскных мероприятий, которые связаны с ограничением конституционных прав граждан на тайну переписки телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, допускается на основании судебного решения и при наличии информации. На основании этого закона впервые контроль и запись телефонных и иных переговоров между различными процессуальными лицами в связи с решением вопроса о возбуждении уголовных дел и в ходе их расследования стали применяться при проведении вышеотмеченных оперативно-розыскных мероприятий. Эти же оперативно-розыскные мероприятия могут проводиться и в настоящее время, несмотря

на возможность осуществления по возбужденным уголовным делам самостоятельного следственного действия, предусмотренного ст. 186 УПК РФ.

Однако процессуальные рамки таких мероприятий и тактика их проведения не одинаковы. Если отмеченные оперативно-розыскные мероприятия проводятся независимо от конкретных видов преступлений, то контроль и запись переговоров (подозреваемых, обвиняемых между собой и с другими лицами), как следственное действие, допускается при производстве по уголовным делам о преступлениях средней тяжести, тяжких и особо тяжких. Согласно ст. 15 УК РФ преступлениями средней тяжести признаются умышленные деяния, за совершение которых максимальное наказание не превышает пяти лет лишения свободы, и неосторожные деяния, за совершение которых максимальное наказание превышает два года лишения свободы. Тяжкими преступлениями признаются умышленные и неосторожные деяния, за совершение которых максимальное наказание, предусмотренное этим кодексом, не превышает десяти лет лишения свободы (точнее от пяти до десяти лет), а особо тяжкими преступлениями признаются умышленные деяния, за совершение которых предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше десяти лет или более строгое наказание. Это обстоятельство имеет существенное значение, и оно должно специально учитываться следователем при решении вопроса о необходимости проведения следственного действия, предусмотренного ст. 186 УПК РФ. Например, при расследовании убийства, предусмотренного ст. 105 УК РФ, могут быть осуществлены контроль и запись переговоров таких процессуальных лиц, так как даже при квалификации преступления по ч. 1 ст. 105 УК РФ предусмотрено наказание виновному в виде лишения свободы от шести до пятнадцати лет. А в случае расследования причинения смерти по неосторожности, предусмотренного ч. 1 ст. 109 УК РФ, это следственное действие нельзя проводить, так как наказание может быть в виде лишения свободы на срок до двух лет.

Неверно также утверждать, что контроль и запись переговоров подозреваемых

или обвиняемых могут быть проведены при расследовании, например, таких преступлений, как незаконное лишение свободы (ст. 127 УК РФ), кража (ст. 158 УК РФ), мошенничество (ст. 159 УК РФ) и др. При расследовании этих и иных преступлений необходимо учитывать конкретные обстоятельства, при которых они были совершены и соответственно какой частью данной статьи УК РФ они предусмотрены, каков срок лишения свободы может быть назначен в виде наказания виновному, т.е. относится ли преступление к категории средней тяжести, тяжкого или особо тяжкого.

Что касается контроля и записи переговоров потерпевшего, свидетеля или их близких родственников, родственников или близких лиц, то это может быть сделано при наличии угрозы совершения насилия, вымогательства и других преступных действий в отношении этих лиц и наличии их письменного согласия (заявления) на проведение такого следственного действия. Если же такое заявление указанных лиц отсутствует, но следователь считает необходимым осуществить в интересах расследуемого дела контроль и запись их переговоров, то это может быть сделано на основании судебного решения. Нельзя исключать и такой ситуации, когда в результате прослушивания переговоров таких лиц могут быть получены сведения сугубо личного характера, затрагивающие в том числе и интимные стороны жизни. Поэтому соблюдение конспиративности здесь исключительно важно для защиты получаемой информации, предупреждения ее утечки.

В связи с тем что контроль и запись переговоров – относительно «молодое» следственное действие, то в опубликованной криминалистической литературе оно еще недостаточно глубоко исследовано. Более того, в некоторых учебниках криминалистики, даже изданных после 2002 г., когда был введен в действие новый УПК РФ, вообще отсутствуют разделы, посвященные тактике проведения такого следственного действия, как контроль и запись переговоров (см., например, [2, 3]). Отсутствие должного внимания со стороны ученых-криминалистов к данному следственному действию до сих пор не позволило доста-

точно полно сформулировать определение сущности, обычно излагается только тактика его производства. Наиболее развернутое и в основном правильное по содержанию определение сущности контроля и записи переговоров предлагают Л.Я. Драпкин и В.Н. Карагодин: «Контроль телефонных и иных переговоров – это следственное действие, заключающееся в проведении с разрешения суда технического и электронного наблюдения за обменом информацией, осуществляемым устно, по телефону, радио, электронными каналами связи, отборе и процессуальной фиксации сведений, имеющих значение для уголовного дела» [1. С. 262]. В данном случае переговоры понимаются как обмен информацией между двумя и более субъектами, осуществляемый как в устной форме, так и с помощью технических средств. Очевидно, что техническими средствами могут быть не только телефоны (проводные или мобильные – беспроводные), но и другая пригодная для этого аппаратура: радиопередатчики, компьютеры, позволяющие использовать и систему Интернет, и др. В п. 14¹ ст. 6 УПК РФ отмечено, что контроль телефонных и иных переговоров представляет собой их прослушивание и запись путем использования любых средств коммуникации, осмотр и прослушивание фонограмм.

В любом случае контроль и запись переговоров, как следственное действие, может быть проведено на основании соответствующего постановления следователя, в котором обязательно должны быть указаны:

1) уголовное дело, при расследовании которого необходимо применение данной меры;

2) основания, по которым производится данное следственное действие;

3) фамилия, имя и отчество лица, чьи телефонные и иные переговоры подлежат контролю и записи, а также номер телефона или другого технического устройства, по которому будут вестись контролируемые переговоры;

4) срок осуществления контроля и записи;

5) наименование органа, которому поручается техническое осуществление контроля и записи.

В соответствии с содержанием ст. 165, 186 УПК РФ в тех случаях, когда контроль и запись переговоров в отношении потерпевшего, свидетеля или их близких родственников, родственников, близких лиц будут проводиться на основании их заявления (так как решения суда не требуется), следователем выносится постановление о производстве этого следственного действия. В тех случаях, когда для производства контроля и записи переговоров требуется судебное решение, следователь с согласия руководителя следственного органа выносит постановление о возбуждении перед судом ходатайства о производстве контроля и записи телефонных и иных переговоров по конкретному уголовному делу, а затем направляет его для принятия окончательного решения судьей районного суда или военного суда соответствующего уровня по месту производства предварительного следствия или производства следственного действия. В соответствии с содержанием ч. 2 ст. 165 УПК РФ судья, получив такое постановление следователя, обязан рассмотреть его и принять соответствующее решение не позднее 24 ч. с момента поступления указанного ходатайства.

Если судья, рассмотрев ходатайство следователя и представленные иные материалы уголовного дела, не дает согласия на контроль и запись переговоров, то данное следственное действие не может быть проведено. К сожалению, в действующем УПК РФ не указаны причины, на основании которых судья имеет право отказать в разрешении на проведение контроля и записи переговоров между указанными в постановлении следователя лицами. В каждом конкретном случае судья руководствуется собственными мотивами. Как показывает следственная практика, некоторые судьи, перед тем как дать разрешение на производство контроля и записи переговоров потерпевших, свидетелей, их родственников, близких лиц, на основании ч. 2 ст. 186 УПК РФ, даже при наличии их письменного согласия, приглашают этих лиц (или их представителей) к себе, чтобы убедиться в добровольности их согласия. В ч. 5 ст. 165 УПК РФ не указаны какие-либо исключительные слу-

чай, позволяющие осуществить такое следственное действие без судебного решения.

В ч. 5 ст. 186 УПК РФ отмечено, что производство контроля и записи телефонных и иных переговоров может быть установлено на срок до 6 месяцев. Оно прекращается по постановлению следователя, если необходимость в данной мере отпала, но не позднее окончания предварительного расследования по уголовному делу. Следовательно, максимальный срок, в течение которого может производиться это следственное действие, ограничен шестью месяцами. В связи с этим возникает ряд вопросов. Во-первых, как быть, если срок следствия продлен в соответствии с ч. 5 ст. 162 УПК РФ, например, до 12 месяцев, а положительные результаты с помощью описываемого следственного действия еще не получены – необходимо ли ходатайствовать перед судом о продлении срока контроля и записи переговоров при условии, что суммарно эти сроки не будут превышать шести месяцев? Во-вторых, возможно ли повторное производство этого следственного действия по истечении срока первоначального его проведения? В-третьих, в связи с конкретной ситуацией, сложившейся при расследовании уголовного дела, возможно ли временное приостановление этого следственного действия с тем условием, что его производство будет возобновлено в связи с появлением новых обстоятельств, благоприятных для его осуществления, если суммарно эти сроки не будут превышать указанных в ст. 186 УПК РФ шести месяцев и будут находиться в рамках срока предварительного следствия?

Очевидно, что подобные вопросы будут возникать у лиц, проводящих расследование уголовных дел, однако прямых ответов на них в действующем УПК РФ мы не найдем. По нашему мнению, в связи с тем, что основной срок предварительного следствия, установленный ч. 1 ст. 162 УПК РФ, составляет два месяца, то и первоначальные контроль и запись переговоров по расследуемому уголовному делу не могут длиться более времени окончания предварительного следствия с обвинительным заключением, предусмотренного ст. 215 УПК РФ. Но это при условии, что срок предварительного

следствия не был продлен. Если же срок следствия будет продлен, например, до шести месяцев, то в случае, если первоначально проведенные контроль и запись переговоров определенного лица еще не дали положительных результатов, следователь может принять решение о продлении данного контроля. В такой ситуации, очевидно, он должен вновь ходатайствовать перед судом о продлении срока контроля и записи переговоров того же лица, в отношении которого ранее этим судом уже было принято решение. В таком случае суммарно эти сроки контроля не будут превышать шести месяцев и, следовательно, не будут нарушены требования ч. 5 ст. 186 УПК РФ.

Несколько сложнее этот вопрос может быть решен, если срок следствия, в соответствии с ч. 5 ст. 162 УПК РФ, будет продлен до двенадцати месяцев (в исключительных случаях этот срок может быть больше двенадцати месяцев). В данной ситуации, на наш взгляд, сроки контроля и записи переговоров определенного лица по конкретному уголовному делу могут быть неоднократно продлены следователем с разрешения суда, но суммарно они не должны превышать шести месяцев. Более оптимальным было бы, если бы в ч. 5 ст. 186 УПК РФ не было бы такого ограничительного срока – 6 месяцев, а данное следственное действие можно было бы проводить до окончания срока предварительного следствия по конкретному уголовному делу. Следует также отметить, что контроль и запись переговоров как следственное действие после окончания следствия по уголовному делу не может проводиться. Данное следственное действие не может осуществляться и по приостановленным делам, а также в случаях изменения квалификации преступления на деяние небольшой тяжести.

Так как контроль и запись переговоров с помощью различных технических средств осуществляет не сам следователь, то, получив судебное решение, он направляет его вместе со своим постановлением органу, которому поручает техническое осуществление этих мероприятий. Например, по линии Министерства внутренних дел РФ в Главном управлении внутренних дел Пермского края функции технического контроля

и записи переговоров различных лиц осуществляет Управление специальных технических мероприятий (УСТМ). В структуре Федеральной службы безопасности РФ эти функции выполняют иные структурные подразделения. Тактика органов, осуществляющих техническое обеспечение контроля и записи переговоров, сложилась таким образом, что или периодически, или по окончании срока, на который такой контроль установлен постановлением следователя (в зависимости от договоренности его с лицами, осуществляющими техническое исполнение контроля и записи переговоров), следователю предоставляется не только кассета с фонограммой зафиксированных переговоров, но и напечатанный текст этой фонограммы в виде сводки контроля переговоров, что позволяет ему быстрее и легче изучить ее содержание (особенно в тех случаях, когда качество фонограммы недостаточно хорошее). Кроме того, и сам следователь в течение всего срока производства контроля и записи телефонных и иных переговоров вправе в любое время истребовать от органа, их осуществляющего, фонограмму для осмотра и прослушивания. В любом случае она передается следователю в опечатанном виде с сопроводительным письмом, в котором должны быть указаны даты и время начала и окончания записи указанных переговоров и краткие характеристики использованных при этом технических средств.

В этой связи, говоря о правах следователя при проведении контроля и записи переговоров, на наш взгляд, следует дополнить содержание ст. 186 УПК РФ положением о том, что следователь вправе присутствовать при производстве прослушивания и записи переговоров, аналогично положению ст. 197 УПК РФ, предоставляющей следователю право присутствовать при производстве назначенной им судебной экспертизы. Дело в том, что во многих случаях информация, полученная следователем непосредственно в момент ее сообщения, может побудить его к принятию определенных безотлагательных решений в сложившейся ситуации.

Если следователь, получив фонограмму и сводку контроля и записи переговоров,

считает, что в них содержится важная для расследуемого дела информация, то он должен процессуально оформить это в соответствии с положениями ч. 7 ст. 186 УПК РФ. Официально осмотр и прослушивание фонограммы следователь проводит с обязательным участием, как минимум двух понятых, не заинтересованных в исходе уголовного дела, а при необходимости – и специалиста в области звукозаписи. Кроме того, в тексте этой статьи отмечено, что должны быть приглашены и лица, чьи телефонные и иные переговоры записаны. В данном случае, по нашему мнению, здесь законодатель недостаточно четко сформулировал это положение. Несомненно, если речь идет о фиксации переговоров самих потерпевших, то их следует приглашать для прослушивания фонограммы. Но если были прослушаны переговоры подозреваемых, чьи личности на данном этапе расследования еще могут быть и не установлены, обвиняемых, которые находятся в розыске или под подпиской о невыезде, то, приглашая их для прослушивания фонограмм, следователь тем самым ставит их в известность о проводимой записи их переговоров и их содержании, лишая себя важной доказательственной информации. По этим же мотивам, на наш взгляд, нецелесообразно приглашать для прослушивания полученной следователем фонограммы переговоров и свидетелей (за исключением тех случаев, когда контроль и запись их переговоров осуществлялись на основании их письменного заявления, в соответствии с ч. 2 ст. 186 УПК РФ), так как в ходе расследования (особенно на начальном этапе) не всегда удастся установить роль в расследуемом уголовном деле каждого свидетеля, его связи с подозреваемыми, обвиняемыми. Нередко лицо, проходящее по уголовному делу в начале расследования в качестве свидетеля, затем становится обвиняемым. Поэтому, по нашему мнению, в ч. 7 ст. 186 УПК РФ следовало отметить, что, кроме понятых и специалиста, по усмотрению следователя для осмотра и прослушивания фонограммы могут быть приглашены потерпевшие и другие лица, перечисленные в ч. 2 ст. 186 УПК РФ.

О результатах осмотра и прослушивания фонограммы с участием вышеуказан-

ных лиц следователь составляет протокол, в котором, как отмечено в ч. 7 ст. 186 УПК РФ, должна быть дословно изложена та часть фонограммы, которая, по мнению следователя, имеет отношение к данному уголовному делу. Кроме того, по нашему мнению, в протоколе следует обязательно указать, с помощью какой аппаратуры было проведено прослушивание фонограммы.

Лица, участвующие в осмотре и прослушивании фонограммы, вправе в этом же протоколе или отдельно, как записано в п. 7 ч. 3 ст. 186 УПК РФ, изложить свои замечания к протоколу. Очевидно, что такого рода замечания могут касаться качества речи записанных переговоров, правильности их процессуального оформления, когда отдельные записанные слова, выражения были плохого качества, слабо слышимы, под воздействием различных звуковых, технических помех были искажены. Поэтому если такого рода замечания, высказанные какими-либо лицами, участвовавшими в осмотре и прослушивании записанной фонограммы, несмотря на их просьбу, не были записаны в данный протокол следователем, то они вправе выразить свое несогласие с содержанием протокола в виде отдельно составленного заявления на имя этого следователя или написать жалобу начальнику следственного подразделения, в котором работает данный следователь.

Фонограмма, содержащая важные для расследуемого дела сообщения, в полном объеме после прослушивания и составления об этом протокола, должна быть приобщена к материалам уголовного дела постановлением следователя как вещественное доказательство и храниться в опечатанном виде в условиях, исключающих возможность прослушивания и тиражирования фонограммы посторонними лицами. Кроме того, условия хранения фонограммы должны обеспечивать ее сохранность и техническую пригодность для ее последующего прослушивания, в том числе и в судебном заседании. Неблагоприятными условиями хранения фонограмм могут быть сильная влажность, высокая температура, влияние магнитных полей от различных электроприборов (радио-, телеаппаратуры, электронагревательных приборов и др.).

В ходе дальнейшего расследования по уголовному делу полученная и процессуально оформленная фонограмма записи переговоров может быть использована следователем, как и любое иное доказательство, при проведении иных следственных действий. Например, при допросе лица, отрицающего факт или содержание зафиксированных фонограммой переговоров. Кроме того, для решения идентификационных и диагностических задач по фонограмме может быть назначена судебная фоноскопическая экспертиза [4]. На разрешение фоноскопической экспертизы могут быть поставлены, например, такие вопросы:

1) сколько лиц участвовало в разговоре, записанном на представленной фонограмме;

2) каково дословное содержание текста на представленной фонограмме (если запись недостаточно качественная, записанная речь неразборчива);

3) является ли представленная фонограмма оригиналом или копией, а если копией, то какой – первой, второй, и др.;

4) не подвергалась ли данная фонограмма монтажу (склейке, электроакустическому монтажу и др.), а если подвергалось, то как и какие части подверглись монтажу;

5) каковы пол, возраст, анатомические особенности речеобразующего тракта, физические и психические характеристики лица, речь которого записана на фонограмме;

6) каковы некоторые социальные характеристики (например, уровень образования, культуры, степень развития интеллекта) лица, речь которого записана на фонограмме;

7) принадлежит ли зафиксированная на фонограмме устная речь ' определенному лицу, лицам;

8) какие конкретно фрагменты звукозаписи каким лицам принадлежат;

9) составляли ли склеенные фрагменты данной магнитной ленты ранее одно целое.

Для решения вопросов, связанных с идентификацией личности по фонограмме его голоса, на фоноскопическую экспертизу направляются экспериментальные (а иногда и свободные) образцы фонограмм голоса

проверяемых лиц. Результаты фоноскопической экспертизы могут иметь решающее значение в установлении истины по расследуемому уголовному делу.

Библиографический список

1. *Дранкин Л.Я.* Криминалистика: учебник / Л.Я. Дранкин, В.Н. Карагодин // М. 2008.
2. *Ищенко Е.П.* Криминалистика: учебник для вузов / Е.П. Ищенко, А.А. Топорков // М., 2007.
3. *Криминалистика* / под ред. В.Я. Колдина. М., 2006.
4. *Макарова Т.А.* Особенности проведения экспертиз магнитных фонограмм и видеозаписей при расследовании уголовных дел / Т.А. Макарова // Актуальные проблемы юридической науки и практики / Перм. гос. ун-т. Пермь, 2004. Ч. 2.

PROBLEMS OF CONTROL AND RECORDING OF THE TALKS

I.Ya. Moiseenko

Perm State University, 614990, Perm, Bukireva st., 15

The new investigative action – control and recording of the talks – is defined; the problematic issues of the procedural regulation of this investigative action are reviewed as well as its deadlines, procedure of the phonogram listening and claiming for the phonoscopic expertise.

Keywords: Control and recording of the talks, Phonogram, Subjects of the investigative action

**НОВЫЙ ПОДХОД К СОДЕРЖАНИЮ СИСТЕМЫ
КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ ТЕХНИКИ****М.А. Романенко**

Кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры уголовного процесса и криминалистики Омского государственного университета, 644065, г. Омск, ул. 50 Лет Профсоюзов, 100

Рассматривается система криминалистической техники. Обосновывается необходимость выделения нового подраздела криминалистики, занимающегося техникой обнаружения, изъятия и исследования следов электронно-цифровой техники и программных средств. Предлагается его название, определение, предмет.

Ключевые слова: система криминалистической техники, вещественные доказательства, электронно-цифровая техника, судебная дигитология

Колоссальные успехи техники в течение нескольких последних десятилетий, обогащая современное человечество различными изобретениями, открытиями и усовершенствованиями и оказывая плодотворное влияние на развитие промышленности ... произвели вместе с тем заметное, но, к сожалению, вредное воздействие на внешние формы проявления преступности.

С.Н.Трегубов. Основы уголовной техники

Выводы, сделанные С.Н. Трегубовым в начале прошлого столетия [13], не утратили своего значения, а наоборот, приобрели сегодня особую актуальность в свете современного развития техники и технологий. Рыночные отношения и бурное развитие информационных технологий предопределили внедрение электронно-цифровой техники и программных средств в разные сферы человеческой жизнедеятельности: банковскую среду, производственные организации, образование, сферу обслуживания и пр. Следствием этих процессов является криминализация сферы использования компьютерных технологий [9]. Особенно в последнее время возрос интерес криминала к кредитно-финансовой сфере. Электронно-цифровая техника и программные средства стали чаще использоваться и в «традиционных» преступлениях, таких как мошенничество, изготовление фальшивых денег, незаконное предпринимательство и даже терроризм (например, в случаях подделки платежных документов коммерческой формы; хищения «электронных» денег; легализации доходов, нажитых преступным путём; по-

купок с использованием фальсифицированных или украденных кредитных карточек; распространения сведений, обладающих статусом коммерческой или государственной тайны, создания «террористических сайтов») и др. [9]. Поэтому электронно-цифровая техника и программные средства стали все чаще выступать в качестве вещественных доказательств при расследовании широкого диапазона уголовных преступлений, выступающих в виде как объекта посягательства, так и предмета преступления.

Разработке теории по исследованию электронно-цифровой техники и программных средств как вещественных доказательств уделяли внимание многие ученые-криминалисты и практики. Особенно стоит выделить труды В.В. Крылова, Н.С. Полевого, В.А. Мещеркова, В.Б. Вехова, Л.Н. Соловьева, А.И. Усова и Е.Р. Россинской, внесших неоценимый вклад в развитие данной теории.

Все исследования в интересующем нас направлении можно объединить в три группы:

1. Разработка конкретных частных методик расследования по уголовным делам, предусмотренных ст. 272–274 УК РФ, а

именно за преступления в сфере компьютерной информации [3; 7; 11].

2. Разработка теории криминалистической тактики назначения и производства отдельных следственных действий по уголовным делам, где фигурируют электронно-цифровая техника и программные средства в качестве вещественных доказательств [3; 12].

3. Разработка теории и методики производства судебной компьютерно-технической экспертизы [8; 14].

В рамках всех приведенных выше изысканий затрагивались вопросы анализа электронно-цифровой техники и программных средств как вещественных доказательств. Тем не менее, в отношении указанных объектов можно выделить элементы структурной деятельности и в результате сформировать определенную систему знаний с перечнем соответствующего инструментария [5. С. 187]. Так, например, в рамках расследования преступлений с «участием» электронно-цифровой техники и программных средств можно выделить в виду в виде изучения механизма материального (виртуального) взаимодействия познаваемых объектов на основе разработанных средств и способов выявления и изучения соответствующей информации. Таким образом, можно говорить о существовании уже сложившейся системы научных положений и технических средств, приемов и методов сбора, исследования сведений и доказательств по уголовным делам, а также иных мер раскрытия и предупреждения преступлений с «участием» электронно-цифровой техники и программных средств. Иначе говоря созданы научно-методические предпосылки для формирования нового подраздела криминалистики (отрасли криминалистической техники), занимающегося техникой обнаружения, изъятия и исследования следов электронно-цифровой техники и программных средств [10. С. 18].

В контексте криминалистической литературы получили теоретическую разработку такие отрасли криминалистической техники:

- криминалистическая фотография и видеозапись;
- судебная трасология;

- судебная баллистика и криминалистическое взрывоведение;
- криминалистическое исследование письма и документов;
- криминалистическая габитоскопия.

К позициям, указанным в перечне, представляется обоснованным добавить учение о методах и приемах выявления, анализа, фиксации следов электронно-цифровой техники и программных средств. При этом возникает немаловажный вопрос о названии предлагаемого учения. Очевидно, что оно должно обладать максимальной глубиной содержания в отношении оперируемых субстанций, но при этом отвечать критерию универсальности. Предлагаемый термин, как нам видится, должен охватывать: компьютерное оборудование; приборы сотовой телефонии; бытовые игровые приставки; оборудование, используемое для расчетно-кассовых операций (кассовые аппараты); оборудование систем интегрированной безопасности зданий (системы контроля доступа, охранно-пожарной сигнализации и видеонаблюдения); программные средства; явления и процессы, возникающие при взаимодействии аппаратных и программных средств.

Попытки определиться в вопросах терминологии учеными-криминалистами осуществлялись неоднократно. Изученные в этом направлении источники позволяют сделать вывод, что подходящий термин для обозначения нового раздела криминалистики отсутствует [6. С. 66]. Существующие же термины жестко привязаны к преступлениям в сфере компьютерной информации. Тем не менее, исследования в интересующем нас направлении все же проводились, в частности, в области разработки теории компьютерно-технической экспертизы. Наиболее остро проходила дискуссия по поводу родового наименования экспертизы в отношении исследуемых объектов. Так, Т.В. Аверьянова, предлагая проводить «экспертизу компьютерных средств» [1. С. 273], в основу наименования экспертизы ставила понятие «компьютерные средства»; Е.Р. Россинская и А.И. Усов предложили использовать понятие «компьютерно-техническая экспертиза» [8. С. 118]. Е.А. Комкова и П.П. Комков предлагали ввести термин «информацион-

но-технологическая экспертиза», выделяя при этом в качестве объекта исследования информационную систему, т.е. программные, аппаратные и другие ее составляющие, а также информацию, проходящую обработку в информационной системе [4. С. 158].

Рассмотренные выше термины слишком привязаны к теории расследования преступлений в сфере компьютерной информации – в этом мы видим существенный их недостаток, который проявляется при расследовании преступлений указанной категории. Так, например, в отношении предпринимателя С., действия которого заключались в изменении значений фискальной памяти контрольно-кассового аппарата, было возбуждено уголовное дело по ст. 273 УК РФ – создание, использование и распространение вредоносных программ для ЭВМ. Однако в ходе проведенной товароведческой экспертизы было установлено, что контрольно-кассовый аппарат на является ЭВМ. На основании этого экспертного заключения уголовное дело было прекращено в связи с отсутствием состава преступления. Перед нами явная недоработка, поэтому хотелось бы предотвратить подобного рода просчеты.

Для этого необходима разработка научных положений и технических средств, приемов и методов для сбора, исследования сведений и доказательств по уголовным делам, а также иных мер раскрытия и предупреждения преступлений с участием электронно-цифровых устройств, программ и явлений, в основе функционирования которых лежат вычислительные процессы, имеющие объективное выражение. С учетом всех перечисленных обстоятельств искомый термин, на наш взгляд, должен происходить от понятия «дигитальный».

Дигитальный (от лат. *digitus* – палец; однозначное число от 0 до 9) в одном из вариантов понимается как совокупность числовых представлений различных величин в вычислительных процессах [2. С. 355]. Соответственно учение (*logos*), которое мы хотим получить, будет иметь название «Дигитология», а новая отрасль криминалистической техники – «Судебная дигитология». Достоинством предлагаемого термина, по

нашему мнению, является лаконичность и универсальность в отношении к тому кругу преступлений, о которых шла речь в начале настоящей статьи.

Предметом судебной дигитологии будут знания о сборе, закреплении (фиксации) и исследовании электронно-цифровых устройств, программ и явлений, в основе функционирования которых лежат вычислительные процессы, имеющие объективное выражение, с целью выявления фактов и обстоятельств, значимых для дела. При этом объектами судебной дигитологии будут выступать те устройства (персональные компьютеры, их комплектующие, периферийное оборудование (принтеры, сканеры и т. д.), цифровые фотоаппараты, сотовые телефоны и др.), действие которых будет основано на вычислительных процессах.

В связи с этим необходимо детально разработать теорию судебной дигитологии, определить ее место в системе смежных наук и в системе отраслей права, проанализировать методы, используемые для познания описываемых объектов, определить место объектов судебной дигитологии в системе судебных доказательств и дать характеристики которые содержат сведения и рекомендации, касающиеся различных видов вещественных доказательств.

Библиографический список

1. *Аверьянова Т.В.* Проблемы становления экспертизы компьютерных средств / Т.В. Аверьянова // Информатизация правоохранительных систем: сб. тр. М., 2001.
2. *Большой энциклопедический словарь.* М., 1998.
3. *Вехов В.Б.* Тактические особенности расследования преступлений в сфере компьютерной информации / В.Б. Вехов, В.В. Попова, Д.А. Илюшин. М., 2004.
4. *Комкова Е.А.* Информационно-технологическая экспертиза: основные понятия и место в классификации судебных экспертиз / Е.А. Комкова, П.П. Комков // Информатика в судебной экспертизе: сб. тр. Саратов, 2003.
5. *Криминалистика: учебник* / Отв. ред. Н.П. Яблоков. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2005.

6. *Леонов А.П.* О единстве современной информационно-правовой лексики / А.П. Леонов // Информационная безопасность и компьютерные технологии в деятельности правоохранительных органов: межвуз. сб. Саратов: СЮИ МВД России, 2003.
7. *Мещеряков В.А.* Преступления в сфере компьютерной информации: основы теории и практики расследования / В.А. Мещеряков. Воронеж, 2002.
8. *Россинская Е. Р.* Судебная компьютерно-техническая экспертиза / Е.Р. Россинская, А.И. Усов. М., 2001.
9. *Сабадаш В.П.* Компьютерная преступность: криминологический обзор: <<http://www.crime-research.ru/articles/2918/>> дата обращения 13 октября 2006.
10. *Селиванов Н.А.* Советская криминалистика: система понятий / Н.А. Селиванов. М.: Юрид. лит. 1982.
11. *Соловьев Л.Н.* Вредоносные программы: расследование и предупреждение преступлений / Л.Н. Соловьев. М., 2004.
12. *Тактика* уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Следственная тактика: науч.-практ. пособие / О.Я. Баев. –М.: Экзамен, 2003.
13. *Трегубов С.Н.* Основы уголовной техники. научно-технические приемы расследования преступлений. Практическое руководство для судебных деятелей / С.Н. Трегубов. П., 1915.
14. *Усов А.И.* Концептуальные основы судебной компьютерно-технической экспертизы: дис. ... д-ра юрид. наук / А.И. Усов. М., 2002.

NEW APPROACH FOR THE CONTENTS OF THE CRIMINALISTIC TECHNIQUE

M.A. Romanenko

Omsky State University, 644065, Omsk, 50 Let Profsoyuzov, 100

The system of the criminalistical technique is viewed. The necessity is justified of the separation of the new criminalistical sub-section devoted to the technology of discovery, caption and research of the traces of the electronic digital devices and software means. The name, definition, subject of the sub-section are proposed.

Keywords: System of the criminalistical technique, real evidence, electronic digital devices, judicial digitology.

V. СОЦИАЛЬНАЯ РАБОТА

ПРАВОВЫЕ ПРОТИВОРЕЧИЯ В ОБЕСПЕЧЕНИИ ДОСТУПА НАСЕЛЕНИЯ К ИНФОРМАЦИОННЫМ РЕСУРСАМ СОЦИАЛЬНОЙ СФЕРЫ

С.Е. Гасумова

Кандидат социологических наук, ст. преподаватель кафедры социальной работы
Пермского государственного университета, 614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15

В статье выявлен ряд противоречий в обеспечении гражданам доступа к информационным ресурсам социальной сферы в России, не позволяющих эффективно использовать возможности информационных технологий в оптимизации жизнедеятельности. Особое внимание уделено формированию Интернет-ресурсов.

Ключевые слова: информатизация, информационные ресурсы, информационное законодательство, информационные технологии, Интернет, информационная политика

Обеспечение доступа населения к информационным ресурсам социальной сферы, и в первую очередь – к государственным информационным ресурсам, следует рассматривать как наиболее социально значимое направление государственной политики информатизации, затрагивающее интересы всего общества и призванное изменить повседневную жизнь каждого человека. Рассмотрим тенденции, проблемы и противоречия формирования и эффективного использования государственных информационных ресурсов, предоставления беспрепятственного доступа к ним и осуществления на их основе информационного обеспечения населения Российской Федерации.

В современных условиях информационные ресурсы государства или отдельного региона должны рассматриваться как стратегически важная социально-экономическая категория, сопоставимая по значимости с природными ресурсами. Необходимо создать в обществе такие условия, которые стимулировали бы носителей живых знаний к их отчуждению и фиксации в формализованном виде, пригодном для широкого социального использования. Целями государственной политики в области информаци-

онных ресурсов является обеспечение для всех членов общества достаточности, доступности и достоверности информационных ресурсов [8. С. 102–117].

Анализ официальных документов показал, что российское законодательство содержит многочисленные **гарантии доступа к государственным информационным ресурсам**. Конституция РФ обязывает органы государственной власти и местного самоуправления (МСУ), их должностных лиц обеспечить каждому гражданину возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом. Каждому гарантируется право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом. Провозглашается запрет на сокрытие должностными лицами фактов и обстоятельств, создающих угрозу для жизни и здоровья людей, и право граждан на достоверную информацию о состоянии окружающей среды [9: ч. 2, ст. 24; ч. 4, ст. 29; ст. 41; ст. 42].

В соответствии с *Федеральным законом «Об информации, информационных технологиях и защите информации»* [30] информация о деятельности государственных органов и органов МСУ является от-

крытой и доступной. Важно, что лицо, желающее получить доступ к такой информации, не обязано обосновывать необходимость ее получения.

Бесплатно предоставляется информация о деятельности государственных органов и органов МСУ (размещенная ими в информационно-телекоммуникационных сетях), затрагивающая права и установленные законодательством РФ обязанности заинтересованного лица, а также иная установленная законом информация. Взимание платы за предоставление информации о своей деятельности возможно только в случаях и на условиях, которые установлены федеральными законами. Мы полагаем, что неурегулированность отношений по поводу открытости и общедоступности информации и возможности получения за нее платы с пользователей является пробелом в законодательстве, создающим серьезные проблемы в социальной сфере. Например, в некоторых регионах на сайтах органов власти есть платные разделы – и это может стать источником значительных проблем для населения.

В Указе Президента «О дополнительных гарантиях прав граждан на информацию» [24] право на информацию признается одним из фундаментальных прав человека. Здесь же определяется, что деятельность государственных органов, организаций и предприятий, общественных объединений, должностных лиц осуществляется на принципах информационной открытости, что выражается, в частности, в доступности для граждан информации, представляющей общественный интерес или затрагивающей личные интересы граждан, а также в систематическом информировании граждан о предполагаемых или принятых решениях. Между тем, в России лишь 14% населения считают, что безусловно обладают свободой получать и распространять информацию [16. С. 49]. Это свидетельствует о том, что гарантии доступа к государственным информационным ресурсам на практике зачастую приобретают декларативный характер и требуют разработки действенного механизма их реализации. Законодательство не

дает возможности определить временные, территориальные и стоимостные характеристики доступа к указанным информационным ресурсам. Большинство граждан России не имеют возможностей ознакомиться с информацией, определяющей их права и обязанности и регулирующей их поведение в повседневной жизни, с минимальными затратами сил, времени и средств.

Таким образом, нами выявлено **первое противоречие** между прогрессивно формирующимися, декларируемыми в официальных документах гарантиями доступа граждан к информации и отсутствием реального механизма обеспечения этого доступа, вызывающее, судя по эмпирическим данным, резко негативную оценку населением собственных информационных прав и свобод.

Для решения этих проблем Г.Т. Артамонов предлагает разработать и принять Федеральный закон «О государственном информационном стандарте», устанавливающий государственные гарантии доступа всех граждан к определенному набору информационных ресурсов. В этом законе должны быть определены градации и типология информационных стандартов, учитывающие интересы различных слоев населения, организаций и существующий уровень развития информационной инфраструктуры в различных регионах страны, а также порядок разработки и ввода в действие информационных стандартов и ответственность должностных лиц за их несоблюдение. Для удовлетворения наиболее массовых потребностей физических лиц в информировании целесообразно установить минимальные государственные информационные стандарты, выполнение требований которых органы МСУ должны быть обязаны обеспечить путем организации справочного обслуживания граждан. Отсутствие у большинства граждан возможностей реализовать свое конституционное право искать и получать информацию, необходимую им в повседневной жизни, существенно сдерживает их общественную активность, с одной стороны, и позволяет недобросовестным деятелям создавать антиобщественные настроения – с другой [1. С. 16–19].

Действительно, данные мониторинга Левада-Центра за 2006 г. свидетельствуют о том, что 42% россиян восприняли власть как «далекую от народа, чужую» (в 1998 г. таких было лишь 8%), 32% респондентов (в 1998 г. – 6%) отметили, что возможность влияния простых людей на государственные дела значительно уменьшилась [14. С. 76–77]. Правительству доверяют лишь 19% россиян, региональным властям – 20% [18. С. 137–140].

Серьезность проблемы обеспечения доступа населения к государственным информационным ресурсам отмечается во многих официальных документах. *Концепция использования информационных технологий в деятельности федеральных органов государственной власти до 2010 года* и *Концепция управления государственными информационными ресурсами*¹ направлены на формирование государственных информационных ресурсов и обеспечение их открытости и широкого социального использования. В первом документе сформулированы приоритеты использования информационных технологий в сферах здравоохранения, образования, социальной защиты, адресной помощи, трудоустройства и миграции человеческих ресурсов, трудовых отношений и условий труда и культуры. Обеспечение информационной открытости должно осуществляться путем создания Интернет-ресурсов, содержащих информацию о деятельности органов власти, а также предоставления доступа к ним граждан и организаций; единой системы навигации по Интернет-ресурсам органов государственной власти; инфраструктуры пунктов общественного доступа к информации о деятельности федеральных органов государственной власти; систем учета и обработки запросов граждан о предоставлении информации и контроля их исполнения.

Второй документ содержит жесткую критику того, что для органов власти всех уровней остается характерным отсутствие

ориентации создаваемых информационных ресурсов на массовое информационное обслуживание населения по вопросам, связанным с деятельностью этих органов. Это способствует сохранению закрытости и недемократичности российской власти.

В *Доктрине информационной безопасности Российской Федерации* отмечается, что необеспеченность прав граждан на доступ к информации, манипулирование информацией вызывают негативную реакцию населения, что в ряде случаев ведет к дестабилизации социально-политической обстановки в обществе [4]. Сегодня в соответствии с российским законодательством открытость и доступность деятельности органов государственной власти общественному контролю, объективное информирование общества являются одним из основных принципов построения и функционирования системы государственной службы [27. Ст. 3]. Однако информационная доступность управленческих структур социальной сферы все еще оставляет желать лучшего. Например, в рейтинге информационной открытости органов власти за 2003 г. ведомства культуры, образования, труда и социального развития получили экспертную оценку 5 баллов из 9, здравоохранения (на тот момент отдельного министерства) – всего 3 балла [12].

Интересно, что сами чиновники понимают важность информационной открытости. Экспертный опрос работников федеральных, региональных и муниципальных структур управления (всего 230 чел.), проведенный Российской академией государственной службы при Президенте РФ в 2007 г., показал, что среди путей совершенствования государственной информационной политики на 1-е место чиновники ставят информационное обеспечение – предваряющее, аналитическое, прогностическое – осуществляемых реформ (коэффициент полезности 3,57 балла по пятибалльной шкале оценок), а среди недостатков государственной политики на 3-е место определяют ограниченный доступ граждан к управленческой информации (коэффициент угрозы 2,9 балла из 5) [7. С. 86-96].

¹ Документы помещены на сайте Министерства РФ по связи и информационным технологиям: <http://www.minsvyaz.ru>.

Информационное обеспечение граждан органами государственной власти и местного самоуправления, а также общественными объединениями в России осуществляется в первую очередь через «традиционные» средства массовой информации в порядке, предусмотренном соответствующим законодательством. В соответствии с законом РФ «О средствах массовой информации» [5. Ст. 38], граждане имеют право на оперативное получение через средства массовой информации (периодические печатные издания, радио-, теле-, видеопрограммы, кинохроникальные программы и иное) достоверных сведений о деятельности государственных органов и организаций, общественных объединений, их должностных лиц. Социально значимые телерадиограммы и издания в целях улучшения информационного обеспечения населения России с 1996 г. отнесены к продукции для федеральных государственных нужд [20]. Расходы, связанные с их оплатой, предусматриваются в федеральном бюджете.

Особое внимание в официальных документах уделяется реализации прав инвалидов на доступ к информации в условиях информатизации и их информационному обеспечению. В указе Президента РФ «О научном и информационном обеспечении проблем инвалидности и инвалидов» и постановлении Правительства РФ «О мерах по обеспечению беспрепятственного доступа инвалидов к информации и объектам социальной инфраструктуры»² регламентируются такие мероприятия, как поддержка редакций, издательств и предприятий полиграфии, осуществляющих выпуск периодической, научной, учебно-методической, справочно-информационной и художественной литературы для инвалидов и по проблемам инвалидности; увеличение выпуска кино- и видеопроизведений с субтитрами для глухих; разработка долгосрочной государственной комплексной программы научного обеспечения и информатизации проблем инвалидности и инвалидов, включающей создание национального банка данных

по проблемам инвалидности и инвалидов, региональных центров информации.

Однако в условиях информатизации современного общества информационное обеспечение граждан не может осуществляться только через «традиционные» средства массовой информации. В информационном обществе с этой целью должны использоваться электронные СМИ, новые ИТ. Тем более, что в России резко (примерно в 1,5 раза в год) возрастает количество лиц и институтов, имеющих доступ в Интернет и использующих его для удовлетворения своих потребностей [6. С. 73–82]. Все социально значимые информационные ресурсы общества должны переводиться в электронную форму с целью обеспечения их доступности для граждан, в том числе на основе удаленного доступа в сетевом режиме.

Рассмотрим **проблемы и перспективы формирования информационных ресурсов социальной сферы в российском сегменте сети Интернет**. Вообще саму возможность доступа населения к информации в социальной сфере, касающейся актуальных проблем жизнедеятельности граждан, которую предоставляет сеть Интернет, необходимо рассматривать как одну из величайших ценностей современного общества. Сегодня это позволяет реализовать целый ряд законодательных гарантий доступа граждан к информации, носивших ранее во многом декларативный характер.

Статья 12 *Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и защите информации»* [28] предусматривает развитие информационных систем различного назначения для обеспечения граждан (физических лиц), организаций, государственных органов и органов МСУ информацией, обеспечение взаимодействия таких систем, а также создание условий для эффективного использования в Российской Федерации информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе сети Интернет. Государственные органы, органы МСУ в соответствии со своими полномочиями должны создавать информационные системы и обеспечивать доступ к содержащейся в них информации.

² Где помещены документы????

Специалисты отмечают, что в этот закон должны быть внесены изменения, уточняющие конкретный порядок использования сети Интернет государственными органами и формирования в ней государственных информационных ресурсов с целью обеспечения граждан информацией о деятельности этих органов. Целесообразно предусмотреть обязательную публикацию в сети Интернет вступивших в силу законодательных актов. Необходимо закрепить положение об обязательном обеспечении доступа в Интернет учреждениям социальной сферы на некоммерческой основе. Федеральные органы государственной власти должны объявить и начать проводить, в том числе средствами нормативного регулирования, политику государственной поддержки развития Интернета в России, подобно тому, как это уже происходит в США, странах Европейского Союза и других развитых странах мира. Важно урегулировать предотвращение общественно опасных деяний, совершаемых в Интернете (в частности, распространение оскорбительной и непристойной информации, антиобщественных призывов), создать нормативные условия для эффективного выявления и наказания лиц, совершающих такие правонарушения [11. С. 19–26].

Все это дает основания для выделения **второго противоречия** между необходимостью формирования «человеческого капитала» как основы инновационной экономики, базирующейся на знаниях, и низким приоритетом в государственной информационной политике мероприятий социальной направленности, ее ориентацией на компьютеризацию при недостаточном внимании к интеллектуализации и медиатизации, провоцирующее формирование информационного неравенства в обществе, отсутствие возможностей социальной адаптации различных социальных групп посредством ИТ.

Критика сложившейся ситуации в сфере доступа к электронным ресурсам содержится в Федеральной целевой программе (ФЦП) «*Электронная Россия (2002–2010 годы)*» [19], что, на наш взгляд, крайне прогрессивно, поскольку свидетельствует об

осознании этой проблемы государством. Отмечается, что открытые информационные системы пока недоступны для граждан с невысокими доходами, существенно ограничена также возможность их использования образовательными и научными учреждениями, учреждениями здравоохранения и культуры, бюджетными организациями, местными СМИ, органами государственной власти и МСУ. Для решения данной проблемы предусматриваются мероприятия по двум направлениям: содействие развитию общей телекоммуникационной инфраструктуры страны и создание пунктов подключения к общедоступным информационным системам. Значительная часть средств, выделяемых на «Электронную Россию», направляется именно на создание компьютерных сетей в бюджетных организациях и пунктов доступа в Интернет в российской глубинке. Пункты доступа создаются на почтах, в учебных заведениях, в библиотеках, и их количество по России составило в 2006 г. более 13,5 тыс. [21]. Проект «КиберПочт@» по развертыванию сети пунктов коллективного доступа в Интернет предусматривает помощь специалистов всем желающим вне зависимости от возраста и уровня знания компьютерных и Интернет-технологий вести поиск работы, получать дистанционное образование, заказывать товары в электронном магазине. Желающим помогают также завести собственный электронный адрес, распечатать электронные письма, газеты или нужный материал из сети Интернет. К 2010 г. программой «Электронная Россия» предусмотрено открытие таких пунктов во всех отделениях почты [13].

В то же время отметим, что за рубежом, в отличие от России, создаются пункты бесплатного общественного доступа в Интернет (например, в Великобритании – на базе библиотек [36]). Учитывая проблему информационного неравенства, считаем необходимым использовать этот опыт в России и сформировать сеть пунктов общественного доступа в Интернет на некоммерческой основе для вовлечения в процесс

информатизации малообеспеченных социальных групп.

Вообще первоначально ФЦП «Электронная Россия» лишь косвенно затрагивала социальную сферу. Однако мониторинг отношения общественности к программе, проведенный ВЦИОМ в 2003 г., показал приоритет для населения именно мероприятий социальной направленности, таких как телемедицина, дистанционное образование, обучение компьютерной грамоте, создание возможностей для доступа к глобальной сети – например, бесплатных Интернет-пунктов. За обеспечение прозрачности государственной власти высказались более 40% россиян [15]. В результате разработчики пришли к выводу о некоторых недоработках программы и необходимости придания ей «социального характера» путем выделения конкретных проектов, нацеленных на удовлетворение насущных потребностей как общества в целом, так и отдельных граждан. К ним отнесены федеральные проекты «Телемедицина», «Дистанционное обучение», федеральная система оперативного контроля состояния природных ресурсов и опасных объектов и комплекс проектов по реализации концепции «электронного правительства» [25. С. 13]. Действительно, подобные технологии, на наш взгляд, не только резко повышают качество и оперативность информационного обеспечения населения по самым разнообразным направлениям повседневной жизни и деятельности, но и позволяют существенно уменьшить информационную нагрузку на государственных и муниципальных служащих и даже сократить их штат.

Мало кому известно, что с 2003 г. существует конкретный перечень обязательных для размещения в информационных системах общего пользования (в том числе в сети Интернет) сведений о деятельности Правительства РФ и федеральных органов исполнительной власти [17]. Данный перечень рекомендован органам исполнительной власти субъектов РФ и органам МСУ для принятия мер по обеспечению доступа граждан и организаций к информации о своей деятельности. К обязательным для

размещения в сети Интернет сведениям относятся: нормативные правовые акты, регулирующие сферу деятельности и акты органа власти; порядок деятельности органа власти; сведения о реализации федеральных целевых программ; сведения об официальных мероприятиях; тексты официальных выступлений и заявлений руководителей и заместителей руководителей; сведения о проектах разрабатываемых законов; аналитические доклады и обзоры информационного характера; сведения о взаимодействии с иными органами государственной власти, общественными объединениями, политическими партиями и другими организациями; обзоры обращений граждан и организаций, результаты рассмотрения обращений и принятые меры; сведения об основных показателях, характеризующих ситуацию в отрасли и динамику ее развития; прогнозы; официальная статистическая информация и др.

К сожалению, приходится констатировать, что в настоящее время на уровне субъектов РФ, а тем более на муниципальном уровне требования данного перечня обязательных для размещения на сайте органа власти сведений пока соблюдаются далеко не в полном объеме. Более того, федеральные органы исполнительной власти зачастую лишь в принудительном порядке на основании судебных решений создают либо дорабатывают содержание своих сайтов. Что касается ведомств социальной сферы, то, к примеру, в 2004 г. суд обязал Министерство труда и социального развития (в настоящее время – здравоохранения и социального развития) привести в соответствие с законодательством содержание официального сайта. В марте 2005 г. решением суда по иску Института развития свободы информации Федеральная служба по труду и занятости и Федеральное агентство по здравоохранению и социальному развитию были обязаны разместить на своих сайтах всю необходимую информацию [23].

Основной причиной неисполнения требований перечня государственными органами власти сегодня является отсутствие в их штатном расписании специалистов по ведению сайтов. Как отмечают эксперты

[22], к сожалению, даже создав собственные сайты, большинство федеральных органов власти пока ограничиваются формальным исполнением нормативов: заводят доменное имя, размещают там эмблему службы и фотографию ее здания, пускают по левой колонке несколько ссылок с не требующей обновления информацией.

Отметим основные недостатки российских сайтов органов государственной власти. Эксперты относят к ним отсутствие либо неоперативность обратной связи; отсутствие интерактивных разделов, в рамках которых посетители могли бы общаться и решать текущие проблемы (гостевая книга, конференция, форум); несоответствие контента потребностям и интересам целевой аудитории пользователей и отсутствие оперативного администрирования. Соответственно, можно сформулировать условия, при которых сетевые ресурсы государственных органов социальной сферы могут стать популярными. Во-первых, сайт должен презентабельно выглядеть, поскольку он являет собой виртуальную «визитную карточку» владельца. Современный дизайн, соответствие требованиям времени на уровне структуры и технологий – обязательные требования. Во-вторых, ресурс должен оперативно обновляться. Возможности сети Интернет позволяют свести разрыв от появления новости до ее публикации буквально к нескольким минутам. В-третьих, информация должна быть эксклюзивной и востребованной. Необходимо тщательно исследовать потребности аудитории для формирования контента. И, наконец, в-четвертых – интерактивность. Ничто не привлекает пользователя сильнее, чем возможность напрямую задать вопрос представителям власти или просто поделиться мнением о предпринимаемых ими действиях и получить «онлайн» ответ [3].

Отсутствием интересных, полезных и важных для населения Интернет-ресурсов обусловлены низкие темпы роста числа пользователей Всемирной сетью в нашей стране. В 2006 г. 33% российских семей имели дома компьютер, 29% совершеннолетних россиян являлись пользователями

сети Интернет, в то время как мобильными телефонами были обеспечены 58% россиян (москвичей – 70%) [2]. То есть по количеству владельцев мобильных телефонов мы вполне соответствуем западноевропейским нормам. Следовательно, если у граждан России есть возможность массово пользоваться мобильной связью, компьютеры и Интернет они тоже могли бы себе позволить. Не происходит этого, очевидно, потому, что нет такой потребности. Даже когда компьютеры есть, их возможности используются далеко не всеми. То есть нужна информация, для доступа к которой требовались бы компьютер и соединение с Интернетом. Этой информации все еще недостаточно. По оценкам фонда «Общественное мнение», большинство россиян не только никогда не бывали во Всемирной паутине, но и не испытывают желания начать ею пользоваться. Кроме того, требуется обучение населения новым информационным технологиям, нужны программы, необходимо создание инструментов и потребности в их использовании.

Более того, по данным проведенного нами экспертного опроса специалистов в области информатизации Пермского края, сегодня уже пора создавать даже детские Интернет-ресурсы (например, разделы на сайтах, включая сайты органов власти, подающие информацию в доступной, забавной, визуально экспрессивной форме).

Таким образом, можно выделить **третье противоречие** – это противоречие между обширностью и разнообразием электронных информационных ресурсов социальной сферы и несоответствием их содержания информационным потребностям социальных групп, обуславливающее слабую активность индивидов в овладении и использовании ИТ, низкую эффективность взаимодействия населения с органами и учреждениями социальной сферы.

Тем не менее, в целом в последние годы отмечается существенный прогресс в формировании и использовании Интернет-ресурсов в социальной сфере в России. Довольно активно развивающимися информационными технологиями на базе сети Ин-

тернет, на наш взгляд, можно назвать следующие:

- создание и использование web-ресурсов государственными (и пока в меньшей степени – муниципальными) органами и учреждениями социальной сферы;
- создание и использование Интернет-ресурсов некоммерческими организациями (хотя эксперты, как показал опрос, и оценивают эти ресурсы как малодостоверные, непрофессиональные);
- создание и ведение баз и банков данных по социальной тематике различными коммерческими организациями (например, БД по трудоустройству, по частным детским учреждениям, по медицинским услугам и т.п.).

Мы оцениваем как прогрессивную меру введение с 30 декабря 2006 г. в России обязанности некоммерческих организаций размещать на сайте в сети Интернет годовой отчет о формировании и использовании целевого капитала [26]. Эта беспрецедентная по важности мера позволит довести до населения и органов государственной власти сведения о деятельности фондов, автономных некоммерческих организаций, общественных организаций, общественных фондов и религиозных организаций, доходы от целевого капитала которых используются в сфере образования, науки, здравоохранения, культуры, физической культуры и спорта, искусства, архивного дела, социальной помощи (поддержки).

Появляются отдельные примеры инновационных проектов в области использования сети Интернет в социальной сфере в России. Так, уникальный Интернет-проект начал реализовываться с 2006 г. для медицинских и фармацевтических работников. Его суть – в повышении навыков использования сети Интернет в профессиональных целях путем проведения обучающих семинаров, обеспечения бесплатным доступом в сеть, осуществления бесплатного консультирования по многоканальному телефону по вопросам пользования Интернетом в повседневной работе, выхода на нужные сайты,

участия в различных профессиональных форумах [10]. Без сомнения, подобные проекты необходимо реализовывать и в других областях социальной сферы: в социальном развитии, образовании, культуре.

Зарубежный опыт использования Интернет-технологий в социальной сфере тоже достаточно интересен и достоин внедрения в нашей стране. Например, в каждой школе Германии висит плакат и разложены маленькие карточки с информацией о сайте Уполномоченного по защите прав детей, на котором ребенок может анонимно обратиться за советом к специалисту по поводу любых возникающих проблем, о которых дети зачастую стесняются говорить открыто (таких, как насилие в семье и т.п.). В г. Вустер (Великобритания) стикеры с адресом сайта кризисного центра для женщин приклеивают на двери кабинок уборных в университете и др. общественных заведениях. Интересно, что реклама сайтов социальной сферы бесплатно распространяется среди населения и в виде различной сувенирной продукции (магниты на холодильник и т.п.), что обуславливает возможность использования таких предметов в быту, учебе или работе, а следовательно – их более длительное сохранение. В г. Бирмингем (Великобритания) в рамках программы «Электронный Бирмингем» среди населения ведется пропаганда использования бесплатного программного обеспечения, бесплатного доступа в Интернет на базе библиотек, бесплатных информационных услуг, предоставляемых всем желающим на сайтах органов государственной власти, распространяется бесплатная методическая литература об Интернет-технологиях (см., например: [29; 30; 33; 34; 35]).

Еще одно направление использования Интернет-ресурсов в социальной сфере – организация интерактивной связи органов власти с населением посредством информационных и телекоммуникационных систем, функционирующих в интерактивном режиме. Так, «электронное правительство» США («Официальный правительственный веб-портал» <http://www.First-Gov.gov/> сайтов федеральных, штатных и местных органов

власти) предоставляет свыше 1 тыс. электронных форм и реальных услуг, условия для интерактивного диалога в режиме реального времени. Опыт США свидетельствует, что внедрение новых интерактивных технологий в сферу деятельности муниципальных органов управления позволяет существенно повысить эффективность работы городских служб, сделать их более отзывчивыми к нуждам и запросам населения и даже создать электронный форум для обсуждения волнующих общественность вопросов. Специальные видеотерминалы, оснащенные сенсорными экранами и установленные в особых будках, размещены в библиотеках, продовольственных магазинах, торговых центрах и других общественных местах.

В Великобритании за годы введения «электронного правительства» число государственных служащих снизилось с 750 тыс. (в 1976 г.) до 475 тыс. (в 2004 г.). Но самое главное – создание таких систем резко повышает качество и оперативность информационного обслуживания населения по самым разнообразным направлениям повседневной жизни и деятельности (процедуры регистрации юридических документов, информация по судебному делопроизводству, доступ к автоматизированному каталогу местной библиотеки и т.п.). Кроме того, до 40% операций производятся в Интернете в нерабочее для правительственных чиновников время, что удобно для граждан [6. С. 73–82].

Электронная форма взаимоотношений с гражданами делает все услуги экономичными и оперативными, снижая издержки населения на взаимодействие с государственными чиновниками. В социальной сфере это равная доступность благ и услуг образования, медицины, культуры вне зависимости от места проживания, т.е. преодоление регионального неравенства, сокращение расстояний и часовых поясов [3].

Таким образом, проведенный анализ показал существование ряда проблем и противоречий в обеспечении доступа населения к информационным ресурсам социальной

сферы и позволил сформулировать некоторые рекомендации по их преодолению.

Библиографический список

1. Артамонов Г.Т. К вопросу об информационном законодательстве России / Г.Т. Артамонов // Информационные ресурсы России. 2000. №2. С. 16–19.
2. Гагин А. Клик за границу / А. Гагин // Российская газета. 2006. 22 нояб.
3. Государственные органы социального развития и социальная сфера в Интернете [Электронный ресурс]: Анализ отечественного и зарубежного опыта, рекомендации: обзор / Консалтинговое Интернет-агентство «Промо.ру Интерэкс» (Группа «Дот-Промо») для Минтруда России в рамках Проекта СПИЛ 2.2.5.2/25 // Уровень жизни населения России: Доходы. Социальная защита: [CD-ROM] / Мин-во труда и соц. развития РФ. Тула: ОАО «ПКТИ АСУ», 2002.
4. Доктрина информационной безопасности Российской Федерации [Электронный ресурс]: утв. Президентом РФ 9.09.2000 №Пр-1895. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
5. Закон РФ «О средствах массовой информации» [Электронный ресурс]: от 27.12.1991 №2124-1 (ред. от 02.11.2004). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
6. Ирхин Ю.В. «Электронное правительство» и общество: мировые реалии и Россия (сравнительный анализ) / Ю.В. Ирхин // Социс. 2006. №1. С. 73–82.
7. Киричек П.Н. Современная информационная политика: императивно-модусная система / П.Н. Киричек // Социс. 2007. №10. С. 86–96.
8. Колин К.К. Социальная информатика: учеб. пособие / К.К. Колин. М.: Акад. Проект: Фонд «Мир», 2003.
9. Конституция Российской Федерации (1993). М.: Приор, 2001.
10. Краснопольская И. Подключайтесь! Обучайтесь! Общайтесь! В России стартовал образовательный проект для медицинских и фармацевтических работ-

- ников / И. Краснополяская // Российская газета. 2006. 22 сент.
11. *Кристалльный Б.* Концепция российского законодательства в области Интернета / Б. Кристалльный, М. Якушев // Информационные ресурсы России. 2000. №2. С. 19-26.
 12. *Круковец К.* Кто делает погоду? Рейтинг открытости органов власти / К. Круковец // Российская газета. 2003. №178.
 13. *Майгур В.* Почта укореняется в киберпространстве / В. Майгур // Российская газета. 2005. 29 дек.
 14. *Мониторинг* Левада-Центра. Власть в общественном мнении // Социс. 2006. №8. С. 76-77.
 15. *На то и мышка*, чтоб клерк не дремал // Российская газета. 2003. 26 авг.
 16. *Опросы без комментариев.* Права и свободы // Социальная реальность. 2007. №10. С. 49.
 17. *Перечень сведений о деятельности Правительства Российской Федерации и федеральных органов исполнительной власти, обязательных для размещения в информационных системах общего пользования* [Электронный ресурс]: утв. постановлением Правительства РФ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности Правительства Российской Федерации и федеральных органов исполнительной власти» от 12.02.2003 №98. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
 18. *Подъячев К.В.* Обращения граждан во власть: функциональные особенности / К.В. Подъячев // Социс. 2007. №5. С. 137-140.
 19. *Постановление* Правительства РФ «О Федеральной целевой программе «Электронная Россия (2002 – 2010 годы)» от 28.01.2002 №65. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
 20. *Постановление* Правительства РФ «Об улучшении информационного обеспечения населения Российской Федерации» от 12.01.1996 №11. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
 21. *Статистика* отрасли связи: 1-е полугодие 2006 г. [Электронный ресурс]: материалы сайта Министерства РФ по связи и информационным технологиям. Режим доступа: <http://www.minsvyaz.ru/>, свободный.
 22. *Телехов М.* Парад эмблем: почти все органы федеральной исполнительной власти обзавелись сайтами / М. Телехов // Российская газета. 2006. 27 янв.
 23. *Телехов М.* Суд – за сайт: федеральные органы власти должны будут создавать свои Интернет-ресурсы / М. Телехов // Российская газета. 2005. 21 окт.
 24. Указ Президента РФ «О дополнительных гарантиях прав граждан на информацию» от 31.12.1993 №2334 (ред. от 01.09.2000). [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
 25. *Федеральная целевая программа «Электронная Россия»: достижения, проблемы, перспективы* // Библиотечка «Российской газеты». 2003. Вып. №15.
 26. Федеральный закон «О порядке формирования и использования целевого капитала некоммерческих организаций» от 30.12.2006 №275-ФЗ. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
 27. Федеральный закон «О системе государственной службы Российской Федерации» от 27.05.2003 №58-ФЗ. Ст. 3. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
 28. Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и защите информации» от 27.07.2006 №149-ФЗ. [Электронный ресурс]: Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
 29. *Access-Ability: Information for Disabled Students and those with Specific Learning Difficulties (including Dyslexia)* / Equal Opportunities Centre, Disability Service, University of Worcester. Worcester, 2007.
 30. *Austin C.* Access to IT: Student Network Services Guide: Information and Learning

-
- Services / C. Austin // University of Worcester. 2007. №5.
31. *Sieland B.* Das Lehrerforum als virtuelle multiprofessionelle Lerngemeinschaft / *B.Sieland* // SchulVerwaltung NRW. 2006. №2. S. 54-55.
32. *Sieland B.* Personale Kompetenzen entwickeln / *B. Sieland, T. Rahm* // Handbuch Schulpsychologie: Psychologie für die Schule / *Fleischer T., Grewe N., Jötten B., Seifried K., Sieland B.* (Hrsg). Stuttgart: Kohlhammer, 2007. S. 197-209.
33. *Shiel A.* Electronic Resources: Information and Learning Services / *A. Shiel* // University of Worcester. 2007. №8.
34. *Taylor A.* How to find information for your assignments: Information and Learning Services / *A. Taylor* // University of Worcester. 2007. №10;
35. *Taylor A.* Using Resources Online: Information and Learning Services / *A. Taylor* // University of Worcester. 2007. №6.
36. *Try* free computer software at your local library / *Birmingham City Council.* Birmingham, 2007.

LEGAL CONTRADICTIONS IN PROVIDING OF HUMAN ACCESS TO THE INFORMATION RESOURCES OF SOCIAL SPHERE

S.E. Gasumova

Perm State University, 614990, Perm, Bukireva st., 15

In the article a number of contradictions in maintenance of access to information resources of social sphere for citizens in Russia are revealed. They do not allow to use the opportunities of information technologies in optimization of ability to live effectively. The special attention is given to the formation of Internet-resources.

Keywords: informatization, information resources, the information legislation, information technologies, the Internet, information policy

Вестник Пермского университета

Выпуск 2 (2)

ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ

Редактор *Г.В.Тулякова*
Корректор *И.А.Михина*
Компьютерная верстка *Н.Ю.Шадрина, В.В.Шадриной*
Дизайн обложки *М.А.Шпаков*

Подписано в печать __.__.2008. Формат 60x84¹/₈.
Усл. печ. л. __,__. Уч.-изд. л. __,__. Тираж 500 экз. Заказ

Редакционно-издательский отдел
Пермского государственного университета
614990. Пермь, ул. Букирева, 15

Типография Пермского государственного университета
614990. Пермь, ул. Букирева, 15