

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Государственное образовательное учреждение
высшего профессионального образования
«Пермский государственный университет»

Пермское отделение
общероссийской общественной организации
«Ассоциация юристов России»

ПЕРМСКИЙ КОНГРЕСС УЧЕНЫХ-ЮРИСТОВ

Тезисы докладов международной научно-практической
конференции
(г. Пермь, Пермский университет,
22 октября 2010 г.)

Пермь 2010

УДК 34 (479+571)

ББК 67 (2 Рос)

С 56

Пермский конгресс ученых-юристов: тез. докл.
С 56 междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, Перм. ун-т, 22 октября 2010 г.) / Перм. гос. ун-т. – Пермь, 2010. – 615 с.

ISBN 978-5-7944-1346-5

В сборнике публикуются тезисы докладов международной научно-практической конференции, проведенной на юридическом факультете Пермского государственного университета. Исследуются актуальные проблемы теории государства и права, конституционного, гражданского, трудового, уголовного, финансового права и ряда других отраслей.

Издание предназначено для научных и практических работников.

УДК 34 (470+571)

ББК 67 (2 Рос)

Печатается по решению редакционно-издательского совета
Пермского государственного университета

Редакционная коллегия:

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

ISBN 978-5-7944-1346-5

© Пермский государственный
университет, 2010

Содержание

I. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА.....	13
<i>Альмухаметова М.Ш.</i> Правовые представления сибирских крестьян о преступлении в дореволюционный период	13
<i>Бакарджиев Я.В.</i> Особенности трансформационного перехода на постсоветском пространстве	16
<i>Бондарев А.С.</i> Субъективная юридическая обязанность – вид и мера юридической ответственности субъектов права	20
<i>Гавриленко В.А.</i> Коммерческий арбитраж в средневековой Европе ..	23
<i>Глебов А.Н.</i> Налоговый произвол советского государства в деревне в конце 1920-х – 1930-е годы: теоретический аспект	26
<i>Горишунов Д.Н.</i> К вопросу о системности права (метаотраслевой аспект)	29
<i>Гройсберг А.И.</i> Политическое учение Ройе-коллара о суверенитете	32
<i>Денисов С.А.</i> Живучесть административного государства и правовой системы	36
<i>Круглов Д.Н.</i> Социальные Конвенции в правовом пространстве	39
<i>Логинова Т.Е.</i> «Терезиана» 1768 г.	42
<i>Минасова Р.Г.</i> Правовые вопросы ликвидации детской беспризорности в первые годы Советской власти	45
<i>Минникес И.А.</i> Нормативное и индивидуальное в правовом регулировании: формы взаимодействия	48
<i>Носов Д.В.</i> О классификации явления правопреемства в теории права	51
<i>Поляков С.Б.</i> Значение понятий «правовое государство» и его «признаков» для юридической практики	54
<i>Реутов В.П.</i> Функциональная природа системы форм права	56
<i>Рудаков К.П.</i> Источники права в неокантианском учении Рудольфа Штаммлера	58
<i>Самылов И.В.</i> Вина как основание юридической ответственности организаций	61
<i>Смертин А.Н.</i> Радикальные политико-правовые проекты переустройства общества в начале XX века в России	64
<i>Соковнина А.И.</i> Экономическая теория права: история возникновения и развития	68
<i>Старикова Е.В.</i> К вопросу о соотношении понятий «правовой» и «юридический» конфликт	71
<i>Федотова Ю.Г.</i> Развитие институтов парламентского контроля и парламентского расследования в советской юридической науке	74

<i>Шмыков В.И.</i> Социально-профессиональные особенности деятельности юристов (аспект жизнедеятельности).....	77
II. КОНСТИТУЦИОННОЕ, МУНИЦИПАЛЬНОЕ, АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО	82
<i>Афанасьев А.Б.</i> О некоторых особенностях правового статуса агентства по страхованию вкладов в Российской Федерации	82
<i>Афанасьева А.В.</i> Принципы территориальной организации местного самоуправления	85
<i>Бурьлов А.В.</i> К вопросу разграничения понятий права на тайну связи и персональных данных	88
<i>Гаврилюди Н.Г.</i> Право на рассмотрение уголовного дела судом с участием присяжных заседателей как один из аспектов конституционного права на справедливое судебное разбирательство	90
<i>Гасумова С.Е.</i> Потребность населения в информационном обеспечении органами государственной власти в России	95
<i>Зайцева Т.В.</i> Правовое регулирование опеки и попечительства в странах постсоветского пространства	98
<i>Кислицын И.М.</i> О некоторых проблемах в конституции и конституционном государственном праве России.....	101
<i>Кочев В.А.</i> О юридической природе прав и свобод человека и гражданина	105
<i>Ларионова М.А.</i> Организационно-правовые гарантии самостоятельности местного самоуправления	109
<i>Либанова С.Э.</i> Власть права и демокурия в конституционно-правовом механизме обеспечения прав и свобод человека	111
<i>Марино И.</i> Конституционное Сопровождение и разработка концепции роспуска Государственной Думы ФС РФ.....	116
<i>Мотовилова Д.В.</i> Модели межбюджетных отношений	130
<i>Нечаева Н.В.</i> К вопросу о правосубъектности общин коренных малочисленных народов России	135
<i>Николаев А.С., Черкашова Н.С.</i> «Voting age».....	138
<i>Петухов В.Н.</i> О соотношении понятий «система» и «структура» федеральных органов исполнительной власти	142
<i>Сунцева П.В.</i> Метод «налоговой реконструкции» как альтернатива применению штрафов за нарушения налогового законодательства	144
<i>Телегин А.С.</i> Правовое положение лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении	147

<i>Федотов И.А.</i> Роль международной налоговой политики на современном этапе	150
<i>Холоимов С.А.</i> Самозащита как одна из основных форм конституционно-правовой защиты прав и свобод граждан	152
<i>Худолей Д.М.</i> Метод формализации знаний о формах правления государств	155
<i>Худолей К.М.</i> Права политической оппозиции как коллективные конституционные права	158
<i>Шепелев В.В.</i> Участие местного населения в принятии генерального плана поселения – конституционное право общности на реализацию местного самоуправления.....	161
<i>Эктумаев А.Б.</i> Гарантии деятельности высшего должностного лица республики в составе РФ: понятие и классификация	164
<i>Эктумаев А.Б.</i> Неприкосновенность президента республики в составе Российской Федерации: проблемы и пути совершенствования	167
III. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС	171
<i>Антипов А.В.</i> Теоретические вопросы формулирования понятий «страховая деятельность» и «субъекты страхового дела»	171
<i>Аристова Е.А.</i> Механизмы привлечения головной корпорации ТНК к деликтной ответственности.....	174
<i>Афанасьев А.Б.</i> О некоторых особенностях правового статуса агентства по страхованию вкладов в Российской Федерации	177
<i>Барков А.В.</i> Договоры с участием органов опеки и попечительства в системе договоров социального содействия	180
<i>Богданов А.В.</i> Некоторые основания прекращения полномочий лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа акционерного общества.....	183
<i>Булаевский Б.А.</i> Отраслевые особенности правовых презумпций.....	185
<i>Бурдин В.О.</i> Правовое положение коллекторской деятельности в Российской Федерации	187
<i>Вавилин Е.В.</i> Договор аренды транспортных средств.....	189
<i>Вагина О.С.</i> Проблема обращения взыскания на незавершенный строительством объект долевого строительства	192
<i>Голубцов В.Г.</i> Исполнение решений по искам к публично-правовым образованиям: проблема поиска баланса публичных и частных интересов	194
<i>Горина Н.В.</i> Основные принципы заключения государственных (муниципальных) контрактов в Российской Федерации (гражданско-правовой аспект).....	199

<i>Грачев Р.Ю.</i> Некоторые тенденции и перспективы развития патронажа в российском гражданском праве	202
<i>Грызыхина Е.А.</i> О привлечении денежных средств граждан для строительства многоквартирных домов	205
<i>Давыдов Е.Г.</i> К вопросу о фиктивных корпоративных правоотношениях	208
<i>Ельникова Е.В.</i> Правовая квалификация действий по внесению земельного участка в оплату доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью	212
<i>Ермакова Н.Е.</i> Правовое значение государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним для лиц, приобретающих права на недвижимое имущество	216
<i>Жукова Т.В.</i> О компенсации репутационного вреда субъектам предпринимательской деятельности	219
<i>Звенигородская Н.Ф.</i> Взгляд на санкцию как меру семейно-правовой ответственности	222
<i>Зернин Н.В.</i> Право на неприкосновенность произведения или на защиту репутации автора?	226
<i>Зернина Д.А.</i> Признание гражданско-правового договора незаключенным как способ защиты прав и законных интересов	229
<i>Ибрагимова С.В.</i> Понятие «повременные платежи» в обязательствах вследствие причинения вреда	232
<i>Карманова Е.В.</i> Крайняя необходимость в гражданском и уголовном праве РФ	235
<i>Карнычев М.В.</i> Внедоговорные действия в чужом интересе в сфере гражданского права	236
<i>Кархалев Д.Н.</i> Конфискационные охранительные правоотношения	240
<i>Комиссарова Е.Г.</i> О структуре и функциональности гражданско-правовой науки	243
<i>Корлякова Н.В.</i> Основные обязанности сторон лицензионного договора по ГК РФ	251
<i>Коротков Д.Б.</i> Имеет ли субститут право совершить сделку от имени представляемого с первоначальным представителем?	254
<i>Кузнецова О.А.</i> Квалификация гражданских правонарушений и способы защиты гражданских прав	256
<i>Кулакова О.В.</i> Исторический аспект понятия и особенностей бюджетного учреждения	263
<i>Куркова Н.А.</i> Некоторые вопросы обращения взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке	265

<i>Латыпов Д.Н.</i> Некоторые проблемы правового регулирования обращения акций, размещенных до вступления в силу Федерального закона от 22.04.1996 №39-ФЗ «О рынке ценных бумаг без государственной регистрации»	269
<i>Мазаев П.А.</i> Девелоперская деятельность как объект гражданско-правового регулирования отношений в сфере оборота коммерческой недвижимости в Российской Федерации	274
<i>Малая Т.Н.</i> Распределение бремени содержания лесов по российскому и зарубежному законодательству	277
<i>Матвеев А.Г.</i> Природа права музеев на публикацию музейных предметов и музейных коллекций в контексте расширения круга смежных прав	280
<i>Микрюкова Г.А.</i> Понятие и виды замены исполнения гражданско-правового обязательства.....	282
<i>Минбалеев А.В.</i> Опыт регулирования скрытой рекламы в Дании	285
<i>Мирских И.Ю.</i> О коллизиях норм международного и российского права в сфере использования и охраны результатов интеллектуальной деятельности.....	288
<i>Михайлова Н.С.</i> Охрана интеллектуальных прав на музыкальное произведение по законодательству США	291
<i>Насиров Х.Т.</i> Проблемы преемственности в субсидиарных обязательствах	296
<i>Орлова О.Б.</i> Ограничение дееспособности граждан, злоупотребляющих спиртными напитками и наркотическими веществами	300
<i>Петрова Е.М.</i> Правовая природа отношений, возникающих между хозяйственным обществом и его управляющей организацией	304
<i>Посохова Н.</i> Соотношение понятий «договор простого товарищества» и «договор о совместной деятельности»	307
<i>Пушкарев И.П.</i> Отдельные проблемы подведомственности корпоративных споров.....	309
<i>Закалина И.С.</i> О завещательных распоряжениях в сфере брачно-семейных отношений.....	312
<i>Савченко С.А.</i> Противоречия в регулировании права частной собственности.....	315
<i>Сагдеева Л.В.</i> Статья 6 конвенции о защите прав человека и основных свобод в российской действительности.....	319

<i>Сергеева В.А.</i> Соглашения, применяемые в рамках медиации, как разновидность семейно-правовых договоров	322
<i>Сулейманова С.А.</i> Проблемы участия несовершеннолетних лиц в корпоративных отношениях	325
<i>Султанова Т.И.</i> К вопросу об обоснованности применения термина «убытки» в определении риска	328
<i>Сыропятова Н.В.</i> Правовое значение безакцептного списания денежных средств с банковских счетов юридических лиц	333
<i>Тагаева С.Н.</i> Отличительные особенности семейно-правовой ответственности	336
<i>Темникова Н.А.</i> Государственная регистрация заключения брака ...	341
<i>Тихомирова А.В.</i> Гостиничные услуги	344
<i>Тордия И.В.</i> Невозможность исполнения обязательств в современных условиях гражданского оборота	350
<i>Филиппова С.Ю.</i> К вопросу о переосмыслении роли юриста в договорном процессе	356
<i>Хужин А.М.</i> Презумпция виновности как условие ответственности независимо от вины	360
<i>Чельшев М.Ю.</i> Правовой статус государственных вузов: гражданско-правовая и межотраслевая характеристики	364
<i>Чепарина О.А.</i> Влияние целей и предмета деятельности бюджетного вуза на его организационную структуру	367
<i>Чиклаев Р.В.</i> Правовое регулирование кадастровой оценки земли и финансовое положение организаций	370
<i>Шершень Т.В.</i> О допустимости и пределах вмешательства в частную жизнь семьи	374
<i>Шолгина О.И.</i> Некоторые проблемы, связанные с применением процедуры медиации при рассмотрении споров, затрагивающих интересы ребенка	378
<i>Эстерлейн Ж.В.</i> Особенности электронного документа как источника доказательств в гражданском процессе	381
IV. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ	384
<i>Антипьева Н.В.</i> Основные проблемы формирования законодательства о социальной защите спортсменов	384
<i>Боброва О., Зобнина И.В.</i> Повышенная оплата труда работникам, занятым на тяжелых работах, работах с вредными и (или) опасными и иными особыми условиями труда	387
<i>Большакова А.Е.</i> Особенности трудовой правосубъектности работодателей – физических лиц	389

<i>Бородин А.С.</i> Экономика труда и трудовое право РФ: к проблеме соотношения	391
<i>Брюхина Е.Р.</i> Договор о повышении квалификации: общность и различие с ученическим договором.....	394
<i>Бугров Л.Ю.</i> Основные вехи развития норм о переводах на другую работу в российском праве	398
<i>Васильева Ю.В.</i> Дефекты отсылок в законодательстве о социальном обеспечении	404
<i>Виноградов В.С.</i> Парламентское расследование как форма парламентского контроля в РФ.....	408
<i>Гонцов Н.И.</i> Новый орган по разрешению трудовых споров судей в Российской Федерации.....	412
<i>Греченков К.В., Розова А.Н.</i> О соотношении понятий «изменение подведомственности организации» и «изменение подчиненности организации»	414
<i>Григорьева М.И.</i> Социальное неблагополучие и социальная незащищенность как базовые категории социальной работы.....	417
<i>Дивеева Н.И.</i> О способах защиты трудовых прав и свобод	420
<i>Драчук М.А.</i> Еще раз к вопросу о модели института дисциплины труда.....	422
<i>Жернаков В.В.</i> Понятие и правовая природа испытания работников по украинскому трудовому праву	426
<i>Зыкина Т.А.</i> Некоторые вопросы защиты детей от труда в малолетнем возрасте	428
<i>Кручинин А.В.</i> Трудовое право в свете постнеклассической научной рациональности	431
<i>Кудрин С.М., Кудрин А.С.</i> Основные направления изменений трудового законодательства в период Великой Отечественной войны.....	433
<i>Леденцова В.А.</i> Социальная активность взрослых инвалидов: понятие и ее оценка	441
<i>Межибовская И.В.</i> Теоретико-правовые особенности государственного материального обеспечения нетрудоспособных граждан (на примере Республики Казахстан)....	444
<i>Митрошкина Ю.Ю.</i> основополагающие принципы социальной защиты населения в контексте региональной социальной политики современной России	448
<i>Морозов П.Е.</i> Некоторые вопросы совершенствования правового регулирующего трудовых отношений в США в аспекте Программы достойного труда МОТ	451

<i>Нестерова А.В.</i> Этапы формирования законодательства об общественных объединениях в Российской Федерации	460
<i>Перова Н.В.</i> К вопросу о недействительности договора в сфере труда	462
<i>Петрова Е.И.</i> Меры социальной поддержки ветеранов боевых действий: мифы законодательства и реальность	465
<i>Розова А.Н.</i> Некоторые особенности регулирования труда работников печати (исторический аспект)	469
<i>Сагандыков М.С.</i> К вопросу о реализации конституционных норм при регулировании трудовых отношений	471
<i>Самарина О.А.</i> К вопросу о деятельности конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации в сфере права социального обеспечения	474
<i>Соболев С.А.</i> История трудового права России в работах авторов XVII – XVIII вв.	476
<i>Соколова Н.А.</i> Проблемы правового регулирования отношений по лекарственному обеспечению граждан.....	485
<i>Фильчакова С.Ю.</i> Коллективно-договорные отношения в трудовом праве Содружества Независимых Государств: сравнительно-правовой анализ	489
<i>Хейно Сийгур</i> Правовые основания оплаты труда работников в Эстонии.....	492
<i>Худякова С.С.</i> К вопросу о праве работников на справедливую заработную плату	494
<i>Шестерякова И.В.</i> О социальном характере норм трудового права.....	499
<i>Шуралева С.В.</i> О новых источниках российского трудового права в транснациональных корпорациях	501
<i>Яблокова И.А.</i> Лекарственная помощь как самостоятельный вид социального обеспечения: вчера и сегодня	503
<i>Яшурина Е.В., Зобнина И.В.</i> О правовой регламентации труда руководителя обособленного структурного подразделения: некоторые трудо-правовые аспекты	507
V. УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ	511
<i>Боровых Л.В.</i> Разрешительные режимы предпринимательской деятельности и проблемы уголовной ответственности за незаконное предпринимательство	511
<i>Ильин И.В.</i> Коррупционные оттенки мошенничества, совершаемого в экономической сфере.....	514
<i>Омигов В.И.</i> Коммерческий подкуп (ст. 204 УК РФ)	517

<i>Предеина Л.В.</i> Состояние и динамика преступности несовершеннолетних в Советском Союзе в конце XX века в период «развитого социализма»	519
<i>Рожков С.А.</i> Условно-досрочное освобождение: некоторые проблемы правового регулирования	524
<i>Третьякова Е.С.</i> Формирование основных направлений сотрудничества государств в уголовно-правовой сфере в XIX – начале XX вв.	528
<i>Чудин Н.М.</i> О совершенствовании преподавания дисциплин криминологического цикла	531
<i>Шумихин В.Г.</i> Судебное толкование совокупности преступлений ...	534
V. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА	537
<i>Алексеевская Е.Н.</i> Проблема пересмотра судебного решения в порядке надзора (по ст. 405 УПК РФ)	537
<i>Афанасьева С.И.</i> Некоторые аспекты законопроекта «О полиции» .	543
<i>Борисевич Г.Я.</i> Законодательное регулирование производства по применению принудительных мер медицинского характера нуждается в совершенствовании	546
<i>Горшкова Г.С.</i> О необходимости совершенствования норм, регламентирующих права потерпевшего	546
<i>Добровлянина О.В.</i> Проблемы реализации положений ст. 450 УПК РФ об обыске отдельных категорий лиц	553
<i>Долгинов С.Д.</i> Создание и деятельность первых криминалистических судебно-экспертных учреждений в России.....	556
<i>Кайгородова О.С.</i> Криминалистическая деятельность по установлению и доказыванию способа совершения преступления, предусмотренного статьей 156 УК РФ	558
<i>Мальцев Н.Л.</i> О содержании криминалистической характеристики преступлений	561
<i>Моисеенко И.Я.</i> Понятие и классификация ошибок в судебно-экспертной практике	563
<i>Петрова И.В.</i> Пределы действия уголовно-процессуального закона по кругу лиц.....	565
<i>Сахарова Е.Г.</i> Криминалистический анализ показаний, полученных при допросе потерпевших по уголовным делам, связанным с причинением вреда здоровью	568
<i>Сидоров А.С., Смахтин И.Е.</i> Особенности тактики допроса в конфликтных следственных ситуациях.....	571
<i>Смахтин Е.В.</i> Криминалистика в системе юридических наук уголовно-правового цикла: история и современное состояние	574

<i>Шадрин М.А.</i> Вопросы применения новых положений ст. 108 УПК РФ	577
VII. МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО.....	582
<i>Коротаева А.М.</i> Защита прав работников при реструктуризации предприятия в праве Европейского Союза ...	582
<i>Крыжан В.А.</i> Консультативное заключение Международного Суда ООН «Соответствие одностороннего провозглашения независимости Косово нормам международного права» от 26 июля 2010 года №141 и его правовые последствия	585
<i>Лантев Г.С.</i> Международные стандарты социального обеспечения в международных договорах Российской Федерации о гарантиях пенсионных прав граждан	594
<i>Мохова Е.В.</i> Центр основных интересов должника в регулировании трансграничной несостоятельности: проблемы и перспективы	598
<i>Собина Л.Ю.</i> Автоматическое признание иностранных банкротств.....	601
<i>Юнина М.П.</i> К вопросу о правоспособности иностранных юридических лиц	605
VIII. АНГЛОЯЗЫЧНАЯ СЕКЦИЯ	608
<i>Gritsenko E.A., Polyakova S.V.</i> Widening Education, Professional and Intercultural Horizons in Law, Social Work and ESP	608
<i>M.M. Pino Estrada</i> The Telework in Brazil.....	609
<i>Polyakova S.V., Gritsenko E.A., Loginova T.E., Frolovich E.M.</i> Contemporary Legal English and Legal Russian: Cross-Cultural and Language Differences.....	612
<i>Vagina O.S.</i> The problem of infliction a penalty upon an unfinished object of shareholding construction	613

I. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

М.Ш. Альмухаметова

Тюменский государственный университет

ПРАВОВЫЕ ПРЕДСТАВЛЕНИЯ СИБИРСКИХ КРЕСТЬЯН О ПРЕСТУПЛЕНИИ В ДОРЕВОЛЮЦИОННЫЙ ПЕРИОД

В крестьянском правосознании сформировалась своя интерпретация законов и видов правонарушений, которая вырабатывалась годами посредством местных обычаев, суеверия и религиозности. У крестьянина было свое представление о составе преступления, в частности, он складывался из двух элементов: нанесения кому-либо материального ущерба и деяния греховного. Для деревенского жителя преследование местной властью и судом было менее болезненным, чем опасение совершить грех. Религиозные традиции доминировали в обычной жизни общества: «За грехи карает Бог, а за вину судит закон». В коллективном представлении существовало различие между «большим» грехом и «малым». Убийство, поджог, клятвопреступление считалось большим грехом, тогда как оскорбление словами или действием, мелкая кража, обман, наговор и т.п. – малым грехом¹. Показателен факт отношения крестьян к тем, кто совершил «тяжкий большой грех». К ним общество относилось толерантно и более того их жалели не за то, что «постигло законное возмездие, а за то, что «сгубил свою душу».

Крестьянские суды относили к разряду преступлений и проступки, нарушавшие жизненные устои и правила. Так, например, карали за употребление в пищу голубей, резание домашней птицы женщиной, а также допущение работ в праздники. В народном понимании нарушение дедовских обычаев и верований могло вызвать гнев Божий и нанести ущерб целой общине. Считалось, что совершенное преступление ложилось пятном на репутацию всего общества. «Вот злодей, какой поклеп сделал миру всему», отзывались крестьяне про виновного.

Нередко суд по своей инициативе, независимо от рассмотрения предъявленных жалоб, возбуждал преследование за развратное поведение, пьянство и «расстройство хозяйства»; были случаи, когда суд по

© Альмухаметова М.Ш., 2010

показаниям свидетелей или по собственному усмотрению налагал наказание на самих же истцов, а если провинившимися были «обидчик» или ответчик, то суд, независимо от взыскания по главному делу, присуждал их еще и к дополнительному наказанию, не предусмотренному законом. Приговоры крестьянских судов не противоречили нормам обычного права. Обычное право являлось неотъемлемым компонентом крестьянской системы ценностей, способствующих сохранению целостности мировосприятия².

У деревенских жителей сложилась своя оценка обстоятельств, смягчающих вину. К ним относили преступления, совершенные в раздражении и вспыльчивости, в пьяном виде. Уменьшалась вина при краже вещи, которая «плохо лежала». Поговорки и пословицы того периода оправдывали воровство: «Грех воровать, а бывает, что и не миновать». Для народа была важна ценность объекта кражи, а не способ ее совершения. В связи с этим дела о мелких кражах редко доходили до крестьянских судебных органов. Существенную роль играло материальное положение потерпевшего – на вора, укравшего у богатого человека, смотрели гораздо снисходительнее, чем на вора, обокравшего бедного³. Не осуждали люди и преступления, совершенные подростками, умалишенными, стариками и женщинами⁴.

К числу проступков, за которые, по воззрениям крестьян, не следует наказывать, относились кражи, вызываемые суевериями. Это кражи цветов, корней хмеля и т.п., поскольку, по понятиям крестьян, «краденые будут лучше расти, а покупные не стоит и сажать». Как писал исследователь П.Костров, «...суеверия входят в круг самых старинных и самых заветных верований народа, поэтому они забываются им не скоро и не легко»⁵. У крестьян считалось абсолютной нормой обратиться за помощью к гадалкам для того, чтобы узнать, кто совершил у них кражу.

Во второй половине XIX в. крестьянская семья оставалась патриархальной. Традиционные устои отражались на убеждении главы семьи. Так, физическое «воспитание» женщины не являлось преступлением, иногда доходило и до убийства. Судя по количеству описанных случаев, летальные исходы носили далеко не единичный характер, но в представлении крестьян считались нормой. «Муж найдет вину, коль захочет побить жену», – говорили сибиряки⁶. Другой современник отмечал: «Битье жен так вселилось в народе, что считается самым обыкновенным делом и, почитай, что законом. Поживите-ка в наших деревнях, присмотритесь со стороны, и у вас сердце обольется кровию... По-моему, нет на свете несчастнее создания, как наши замужние женщины, особенно в простом народе»⁷.

Об отношении к женщине и ее правовой незащищенности писали и в местных газетах. Нередко корреспонденты были сами свидетелями событий и иронизировали по поводу законов в фельетонах. Очевидец событий описывает ужасную картину, увиденную им в одном захолустье. «На виду у всей деревни муж избивает жену. Народ подстрекает: «Вали, вали. Бей хорошенько! Другим наука!». Мужчина, увидевший все это, обращается к писарю и старосте, хладнокровно смотрящих на происходящее. «Да знаете ли вы, что эта женщина возьмет докторское свидетельство о побоях, подаст мировому на вас за подстрекательство, а на мужа за публичный позор и истязание... – И ничего из этого не выйдет! Вы еще плохо знакомы с законом! Возьмет она у доктора свидетельство, в котором понятно будут значиться легкие побои, подаст мировому. Мировой по неподсудности передаст на волостной на старосту, понятно, никто не покажет, и дело окончится ничем»⁸.

Подобный пример не единичен. «Преступное бездействие, то есть не оказание своевременной помощи погибающему от несчастного случая или преступного деяния, считается народом только грехом. Здесь крестьяне не видят проступка, который карался бы человеческим судом»⁹, – писал юрист-современник А.А. Чарушин.

В целом отношение крестьянского населения к преступлениям демонстрирует уровень правовой культуры общества. Коллективные правовые представления формируются под влиянием ментальных структур «большой длительности», т.е. относятся к категориям, не изменяющимся на протяжении длительного времени¹⁰.

В конце XIX в. крестьянское общество опиралось на обычное право, а не на закон. В правовом сознании крестьян закон предстает как нечто, навязанное извне и определяемое интересами, нуждами и ценностями чуждых социальных групп. Сельская община выступала основным социальным гарантом, исполнявшим доминирующую функцию в деревне. Законодательные реформы начала XX в. должны были изменить правовое сознание и правовые представления крестьян. Однако имевшийся шанс воспитать в сибирском крестьянстве правовую культуру государство упустило.

¹ Чарушин А.А. Взгляд народа на преступление. Архангельск, 1912. С.3.

² Шатковская Т.В. Обычное право российских крестьян второй половины XIX – начала XX века: историко-правовой аспект: автореф. дис. ... доктора юрид. наук. Ростов н/Д., 2009. С. 36.

³ Егоров Д.В. Деятельность мирского суда чувашского крестьянства во второй половине XIX – начале XX веков: автореф. дис. ... канд. истор. наук. Чебоксары, 2010. С. 18.

- ⁴ Чарушин А.А. Взгляд народа на преступление. Архангельск, 1912. С. 3.
- ⁵ Костров П. Юридические обычаи крестьян-старожилов Томской губернии. Томск, 1876. С. 26.
- ⁶ Костров П. Юридические обычаи крестьян-старожилов Томской губернии. Томск, 1876. С. 26.
- ⁷ Ныдро Х. Отрывки из дневника, веденного в Сибири. Тобольск, 1894. С. 23.
- ⁸ Сибирский вестник. 1899. №215. С. 2–3.
- ⁹ Чарушин А.А. Взгляд народа на преступление. Архангельск, 1912. С. 7.
- ¹⁰ Шатковская Т.В. Обычное право российских крестьян второй половины XIX – начала XX века: историко-правовой аспект: автореф. дис. ... доктора юрид. наук. Ростов н/Д., 2009. С. 20.

Я.В. Бакарджиев

Курганский государственный университет

ОСОБЕННОСТИ ТРАНСФОРМАЦИОННОГО ПЕРЕХОДА НА ПОСТСОВЕТСКОМ ПРОСТРАНСТВЕ

Еще недавно единое и мощное государство под названием СССР занимало одну шестую часть суши. Под воздействием многих факторов огромная страна распалась на 15 суверенных государств, вступивших на самостоятельный путь своего дальнейшего развития. Переходный период, наблюдаемый в каждом из них, характеризуется активными трансформационными процессами, ведущими к формированию новых моделей государственно-политических и правовых систем. Тем не менее преобразования, наблюдаемые на постсоветском пространстве, имеют свои специфические особенности и черты, не характерные, для восточноевропейских постсоциалистических стран или стран Латинской Америки в период протекания в них аналогичных трансформационных процессов. Это детерминировано различными объективными причинами и субъективными факторами, которые во многом предопределили особенности постсоветского развития бывших республик СССР.

К числу объективных, безусловно, следует отнести историческое наследие, являющееся единым для всех постсоветских стран:

1. Становление новых государственных, правовых и политических институтов, проведение социально-экономических преобразований осуществлялось во всех республиках в идентичных хронологических рамках, что имеет объективную историческую причину. Неудавшаяся «политика перестройки» М.С. Горбачева привела в итоге к Беловеж-

скому соглашению. 8 декабря 1991 г. на встрече в Беловежской пуше председатель Верховного Совета Республики Беларусь Станислав Шушкевич, президент России Борис Ельцин и президент Украины Леонид Кравчук подписали соглашение о прекращении существования СССР и замене его Содружеством независимых государств¹ (официально СНГ было создано на конференции в Алма-Ате 21 декабря 1991²). Указанное соглашение было принято вопреки результатам всесоюзного референдума, проведенного почти на всей территории СССР 17 марта 1991 г., и ознаменовало собой геополитическую революцию, давшую начальную точку отчета существования постсоветского пространства и юридически закрепившую начавшийся de-facto чуть ранее «парад суверенитетов» бывших союзных республик.

2. Трансформационные явления и процессы, а также вызванные ими проблемы носят не локальный (частный) характер для отдельной страны, а глобальный, присущий всем постсоветским государствам. С крушением социалистического строя и начавшимися процессами либерализация политико-правовых и социально-экономических систем появился ряд проблем, решение которых стало актуальным на всем постсоветском пространстве. Прежде всего, либерализация привела к проблемам политической стабильности. Быстрое разрушение советской монополизированной системы управления и резкий переход к новым демократическим принципам построения государства и права привели в большинстве стран к симптомам «кессонной болезни»: свобода, граничащая с вседозволенностью, после долгого нахождения в замкнутой политико-правовой среде привела к деструктивным и дезинтеграционным процессам во всех сферах общественных отношений и государственных институтов.

3. Это, в свою очередь, обусловило и единые для всех постсоветских государств институциональные проблемы, т.е. необходимость построения новой развитой демократической системы политических, правовых и социальных отношений на разрушенном фундаменте государственного политического и экономического монополизма. При этом не только на постсоциалистическом пространстве, но и во всем мире отсутствовали какие-либо теоретические концепции и практический опыт осуществления перехода от социалистического государства к капиталистическому (тем более находящемуся сразу в его постиндустриальной стадии).

4. Присущий всем постсоветским государствам единый политико-правовой фундамент, на основе которого началось построение новых моделей государства и права, – централизованное государство и право,

в основе которых лежит командно-административная система управления.

Постсоветские государства были вынуждены выбирать один из двух вариантов трансформации: политика быстрого разрушения командно-административной системы и введение новых демократических институтов власти с формированием соответствующей социально-экономической и правовой базы («шоковая терапия») или постепенные эволюционные преобразования централизованного государства в демократическое с рыночной экономикой.

5. Отсутствие формационных предпосылок. Трансформационные процессы, происходящие в постсоветских республиках, носили в своей первооснове не экономический, а политический характер. Социально-экономические преобразования в силу объективной и субъективной необходимости поддержания новой политической элиты и исключения возможности реставрации прежней выступали не первопричиной, а лишь следствием изменения политической ситуации³.

В сфере права, в отличие от «классического» материалистического формационного перехода, в постсоветских государствах не фактически сложившиеся социально-экономические отношения вызывали существенные и структурные изменения в правовой системе, а, наоборот, право во многом обеспечивало первоначальное формирование и дальнейшее становление социально-экономических отношений. Этот «инструменталистский» подход к использованию права – весьма характерная черта постсоветских политико-правовых систем.

6. Помимо общих политико-правовых факторов трансформационные явления и процессы в постсоветских государствах обусловлены особенностями экономической системы бывшего СССР. Основой этой системы выступали командно-административная методы управления экономикой, где государство выступало не только регулятором хозяйственных отношений, но и владельцем средств производства, главным хозяйствующим субъектом, а развитие народного хозяйства определялось единым для всего СССР государственным народнохозяйственным планом. Общим советским наследием оказалась и технологическая отсталость экономик постсоветских государств, устаревшая индустриально-производственная база, структурный перекос в сторону отраслей тяжелой и оборонной промышленности, сырьевого производства с одновременной неразвитостью потребительского сектора экономики.

Это, конечно, далеко не все, но, пожалуй, ключевые детерминанты, объективно определившие дальнейшее развитие постсоветских государств.

К субъективным факторам, предопределяющим особенности процессов трансформации постсоветских государств, можно отнести следующие:

1. Лидерами и правящей политической элитой в подавляющем большинстве постсоветских государств стали бывшие советские партийные функционеры⁴, что не могло не наложить отпечаток на дальнейшее политическое и правовое развитие возглавляемых ими государств.

2. Активное влияние субъектов мировой политики на политические процессы, протекающие в бывших союзных республиках. Прежде всего, имеются в виду так называемые «бархатные революции», произошедшие в Грузии в 2003 г. (в политологических и историографических источниках получившие название «революция роз»), в Украине в 2004 г. («оранжевая революция»), в Кыргызстане в 2005 г. («революция тюльпанов»)⁵. Для стран Центральной Азии характерно серьезное исламистское влияние, опирающееся на поддержку Афганистана, Пакистана, Ирана, Саудовской Аравии.

3. Не менее сильным было влияние иностранных специалистов на правящие политические круги многих постсоветских государств в период становления нового строя. Предоставление займов Международного валютного фонда и других иностранных финансовых структур было обусловлено возможностью западных специалистов диктовать условия развития постсоветским государствам, особенно в экономической сфере.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод, что при изучении вопросов трансформации политико-правовых явлений на постсоветском пространстве, следует исходить не только из общеродовых признаков государства и права, находящихся на стадии переходного периода, но и из специфических особенностей, присущих именно постсоветским государствам.

¹ Соглашение о создании Содружества Независимых Государств. Минск. 8 декабря 1991 г. // Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ «Содружество». 1992. №1. С. 6.

² Алма-Атинская Декларация (Алма-Ата, 21 декабря 1991 г.) // Российская газета. 1991. 24 дек.

³ Справедливости ради следует отметить, что кризисные явления в экономике СССР, сложившиеся в результате непродуманной либерализации экономической системы, способствовали распаду социалистической экономической системы и вызвали необходимость ее замены новой, но еще фактически не сформировавшейся системой.

⁴ Б.Н. Ельцин – в Российской Федерации, Н.А. Назарбаев – в Казахстане, И.А. Каримов. – в Узбекистане, Э. Рахмон (до 21 марта 2007 г. – Э. Рахмонов) – в Таджикистане, С.А. Ниязов – в Туркменистане и др.

⁵ См. например: ФСБ России располагает данными о подготовке рядом зарубежных неправительственных организаций очередных «бархатных революций» на постсоветском пространстве // <http://www.rg.ru/2005/05/12/barhat-anons.html>; *Беляев А.* Политические изменения на постсоветском пространстве // <http://www.rian.ru/analytics/20050519/40380645.html>; *Устименко А.* Бархатные революции на постсоветском пространстве: попытка осмысления // <http://www.kreml.org/opinions/101430859>.

А.С.Бондарев

Пермский государственный университет

СУБЪЕКТИВНАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ ОБЯЗАННОСТЬ – ВИД И МЕРА ЮРИДИЧЕСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ СУБЪЕКТОВ ПРАВА

1. В отечественной юридической науке понятие «юридическая ответственность», введенное еще в начале 60-х гг. XX в., до сих пор остается весьма неопределенным. До настоящего время однако преобладающим остается взгляд, что суть ее сводится в основном к реакции государства на правонарушения. Она является «важным инструментом принуждения» государством всех граждан, должностных лиц, организаций, нарушивших закон. В настоящее время многие ученые преодолели такой односторонний подход к юридической ответственности. Не отрицая ее ретроспективного аспекта, они дополняют ее позитивным (проспективным) аспектом. Этот интегративный подход к понятию юридической ответственности (ретроспективно-позитивный характер) находит все больше сторонников как в общей теории права, так и в отраслевых юридических науках.

2. На наш взгляд, по своей природе юридическая ответственность не может иметь ретроспективного, принудительного характера. Она суть позитивное ценное свойство субъектов права, проявляющее себя в процессе правового взаимодействия их в конкретных (статусно-ролевых, личностных) правовых отношениях. Состоит она в ответственности правообязанного лица перед правомочным за реализацию его субъективного права посредством реализации своей субъективной

правовой обязанности. Если субъект права уклоняется от реализации своей субъективной юридической обязанности, то он тем самым проявляет свою юридическую безответственность – антипод юридической ответственности, за что его следует привлекать к ответу по закону¹.

3. Юридическая ответственность, таким образом, есть атрибут только конкретных (статусно-ролевых, личностных) правовых отношений. Она носит личностный характер. В общих же (статусных) правоотношениях формируется только общая нормативная модель (тип) содержания юридической ответственности для нормативно определенного типа субъектов конкретных (статусно-ролевых) правоотношений.

4. Дело в том, что в силу многочисленности и большого разнообразия субъектов общественной жизни как по демографическим, так и по профессиональным свойствам, причем с изменяющимся составом, общество не в состоянии каждому из них персонально устанавливать субъективные социальные права и обязанности (что возможно или должно делать в том или ином конкретном случае) для нормальной жизни как их, так и общества в целом. Оно осуществляет это опосредованно через свои элементарные (первичные) ячейки – статусы и роли. Социальный статус – это определенная позиция определенного типа субъектов в обществе (группе), связанная с другими позициями других типов субъектов через систему взаимных прав и обязанностей этих типов субъектов. Социальная роль есть модель поведения конкретного персонифицированного субъекта, ориентированная на свой типовой статус. К примеру, статус «работодатель» имеет смысл только по отношению к статусу «работник», статус «муж» – только по отношению к статусу «жена», статус «гражданин» – только по отношению к статусу «государство» и т.д. Все, например, мужа и жены имеют типичный набор субъективных социальных прав и обязанностей по отношению друг к другу через свои скоординированные друг с другом статусные роли данного общества.

5. Социальные статусные статичные отношения данного общества оживают только тогда, когда связанные ими статичные статусные ячейки данного общества заполняют люди (их организации), способные по своим качествам использовать права и нести обязанности, установленные обществом для этих своих статусов в безличной форме в виде социальных норм определенного вида. Статичная структура общества таким образом приобретает динамический характер. Например, как только безымянный статус «работник» получит Князев, желающий исполнять какую-либо роль в нем, скажем, бухгалтера в фирме, а соотносящийся со статусом «работник» статус «работодатель» займет Артемов, создавший свою фирму, их статусы так сразу оживут. Общие

(безымянные) права и обязанности их статусов станут образцом, моделью субъективных прав и обязанностей работника Князева и работодателя Артемова, взаимодействующих друг с другом, образуя содержание конкретного (статусно-ролевого, личностного) трудового общественно-го отношения: фирма Артемова – бухгалтер Князев. При этом стоит заметить, что сами безымянные ячейки общества – статусы «работник» и «работодатель», наделив взаимными ролевыми правами и обязанностями Князева и Артемова, своей регулятивной роли не утрачивают до тех пор, пока обществу будут необходимы работодатели и работники.

6. Социальные статусные отношения в государственно-организованном обществе нормируются и контролируются либо самим обществом непосредственно либо через государство и другие общественные организации. Социальные нормы в силу этого отличаются друг от друга как субъектом и процессом установления, так и субъектом и процессом обеспечения своего воплощения в жизнь общества и местом в структуре социальных норм данного общества. По этим критериям в юридической науке социальные нормы принято делить на четыре вида: нравственные, правовые, корпоративные и обычные. Следовательно, и социальные отношения статусов по этому параметру делятся также на нравственные, правовые, корпоративные, обычные. Люди (их организации), входя в роли соотносящихся между собой статусов данного общества, тем самым индивидуализируют их общие (безличные) права и обязанности, превращая в свои субъективные права и обязанности – содержание конкретного (единичного, статусно-ролевого) общественного отношения друг к другу.

7. Общество, таким образом, базируется на социальных отношениях двух типов разного уровня: общих статусных первичных и статусно-ролевых персонифицированных – вторичных. Первичные социальные отношения при этом носят статичный характер и выполняют роль регулятора всех вторичных личностных динамичных социальных отношений. Право, как известно, призвано регулировать не все общественные отношения и не в полном объеме, его нормы должны регулировать только существенно важные безличные статусные права и обязанности общего характера, на основании которых базируется содержание конкретных (личностных, статусно-ролевых) правовых отношений, носящих вторичный производный и динамический характер. Их субъективные права и субъективные обязанности определяют вид и меру взаимодействия субъектов каждого конкретного правоотношения.

8. Субъективное право в конкретном правоотношении есть вид и мера возможного поведения правомочного субъекта, обеспеченная субъективными обязанностями должного субъекта. Субъективная обя-

занность определяет вид и меру должного поведения обязанной стороны по отношению к правомочной, ее интересов и потребностей. Субъективная обязанность, следовательно, есть только вид и мера юридически установленного необходимого поведения, точное определение, каким оно должно быть.

Реализация этой субъективной обязанности будет зависеть от юридической ответственности правообязанного субъекта конкретного правоотношения к своим субъективным обязанностям, а следовательно, и к интересам правомочного субъекта – юридической ответственности перед ним.

9. Юридическая ответственность правообязанного субъекта конкретного (статусно-ролевого, личностного) правового отношения по отношению правомочного (а следовательно, и общества, и государства, которые нормировали данный тип социальных отношений) имеет сложную структуру. Она представляет собой единство (сплав) знаний субъектом права своей субъективной обязанности перед правомочным лицом, позитивной правовой убежденности в них и социально-правовой активности (пассивности) по исполнению (соблюдению) данной субъективной обязанности.

¹ См. подробно: Бондарев А.С.. Юридическая ответственность и безответственность – стороны правовой культуры и антикультуры субъектов права. СПб. , 2008.

В.А. Гавриленко

Новгородский государственный университет

КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ В СРЕДНЕВЕКОВОЙ ЕВРОПЕ

В начале статьи поясним терминологию, используемую автором и принятую в европейской юридической теории. Понятие арбитраж применяется как синоним понятия третейское разбирательство споров, т.е., имеется в виду негосударственная система разрешения споров в сфере частных правоотношений.

В средневековой Европе так развивались разнообразные формы арбитража: в рамках торговых гильдий, ярмарок, коммерческих или профессиональных организаций. Арбитраж способствовал оперативному урегулированию торговых и коммерческих споров между предпри-

нимателями того времени. Механизм принуждения к исполнению собственных решений у указанных арбитражей был связан со структурой организаций, в рамках которой они действовали. Действительно, торговая гильдия, например, могла ввести серьезные санкции в адрес ее члена, уклоняющегося от исполнения принятого арбитром решения. Указанные арбитражные механизмы функционировали с достаточной степенью независимости от систем государственного судопроизводства.

В течение средних веков арбитражные процедуры поступательно развивались. Особенно часто они применялись для разрешения коммерческих споров на территории Германии, Швейцарии, Северной Италии и Франции. В 1560 г. во Франции королем Франциском Вторым был издан указ, который провозгласил арбитраж принудительным для разрешения деловых споров среди торговцев. В указе также предусматривалась действительность арбитражных соглашений, не содержащих штрафные санкции за их неисполнение. Впоследствии имела место тенденция, состоящая в стремлении французских законодательных и судебных органов власти ограничить обязательный характер коммерческого арбитража, но практика оставалась неизменной до времени французской Революции¹.

Коммерческий арбитраж был также распространен в швейцарских кантонах и немецких княжествах. Развитие его происходило в двух направлениях. Первое включало в себя совокупность местных традиций арбитража, соединенных в феодальную систему. Второе олицетворяла Католическая церковь, использовавшая арбитражные механизмы и методы, которые развивались согласно каноническому закону.

Представляется очевидным, что коммерческий арбитраж очень широко использовался в указанных областях Европы во время Средневековья. Появившиеся в 14, 15 и 16 столетиях ранние кодификации процессуального права предусматривали арбитраж как альтернативу судебным разбирательствам. В качестве примера следует привести исследование архивов немецкого княжества Фирстенберг, которые содержат больше чем 500 арбитражных дел в течение периода между 1275 и 1600 годами. Такой объем разбирательств очень значителен для небольшого княжества².

Регулирование арбитража в средневековой Германии было достаточно прогрессивно. Арбитражные соглашения признавались судами государств как препятствие для рассмотрения ими споров, указанных в соглашениях. Арбитражные решения также подлежали непосредственному принудительному исполнению методами государственного принуждения при минимальном судебном исследовании их содержания.

Канонический подход к арбитражу в данный период был несколько иным, поскольку каноническая модель предлагала более сложные правовые механизмы, основанные на письменных юридических источниках и религиозной доктрине, которая ограничила свободу усмотрения арбитров. Кроме того, в канонической традиции арбитражное соглашение, направляющее разрешение спора к католическим арбитрам, обязательно содержало в себе штрафные санкции за его неисполнение или ненадлежащее исполнение, которые обеспечивали его эффективность. Решения данных арбитражей не рассматривались как немедленно осуществимые, но всегда оставалась возможность их судебного принудительного исполнения.

Имели место весомые причины, по которым торговцы и коммерсанты охотно обращались к помощи арбитражей в течение всего средневековья. Представляется, что арбитраж являлся средством преодоления специфических проблем в коммерческом обороте. Система государственных судов не справлялась с преодолением данных проблем.

В исторической науке, изучающей период феодализма, данные вопросы комментируются следующим образом: «Самые серьезные дела могли слушаться во многих различных судах, осуществляющих параллельную юрисдикцию. Несомненно, были определенные правила, которые в теории определили пределы компетентности различных судов; но, несмотря на них, сохранилась неуверенность. Документы эпохи феодализма, которые дошли до нас, изобилуют примерами, касающимися споров попадающих под конкурирующую юрисдикцию. Отчаиваясь найти инстанцию, которая имеет власть возбудить их тяжбу, стороны, спорящие по делу, часто соглашались выбрать собственных арбитров. Вместо того, чтобы искать решение суда, они предпочли приходиться к частному соглашению... Даже если одна из сторон получила благоприятное решение суда или арбитра, часто не было никакого другого способа выполнить его, чем достигнуть соглашения с упорным противником»³.

Также представляется совершенно обоснованным мнение об арбитраже периода феодализма: «С целью избежать пагубных последствий, задержек, или неуверенности в справедливости законодательства, арбитраж был более привлекательным средством разрешения споров, в девяти случаях из десяти его предпочитали официальному судопроизводству»⁴.

Несмотря на глубокие исторические корни, коммерческий арбитраж на протяжении всего периода средних веков сталкивался с различными вызовами, часто выражающимися в форме политического недоверия со стороны властей и судебных органов. Указанное недоверие зача-

стью было необоснованно, и оно практически всегда в конечном счете преодолевалось. Система арбитражей сохраняла самостоятельность и часто получала новые льготы от властей. Кроме того, исполнение арбитражных соглашений и решений арбитров часто достигалась в значительной степени через неюридические санкции, например коммерческие, религиозные и другие санкции, которые применялись церковью, торговыми гильдиями и другими организациями. Во многих ситуациях достаточно было просто морального осуждения со стороны указанных сообществ (особенно Католической церкви), чтобы побудить недобросовестного субъекта правоотношений скорректировать свои действия.

¹ *David R. Arbitration in International Trade // Walters Kluwer. 1985. С. 88–89.*

² *David R. Arbitration in International Trade // Walters Kluwer. 1985. С. 89.*

³ *Bloch M. Feudal Society // 1961. С. 359.*

⁴ *David R. Arbitration in International Trade // Walters Kluwer. 1985. С. 91.*

А.Н. Глебов

Курганский государственный университет

НАЛОГОВЫЙ ПРОИЗВОЛ СОВЕТСКОГО ГОСУДАРСТВА В ДЕРЕВНЕ В КОНЦЕ 1920-Х – 1930-Е ГОДЫ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

Что имел в виду парламент, протестуя против этого налога как незаконного? Считали ли члены парламента, что он противоречит statute law или вынесенным до того приговорам юристов, или они имели в виду, что он противоречит справедливости, которую я считаю тем же самым, что закон природы?

Т. Гоббс «Бегемот, или Долгий парламент»

В истории налогового права и налогообложения можно найти огромное количество примеров, когда тот или иной налог, будучи внешне законным, облеченным в правовую форму, по сути, являлся не справедливым и стоящим вне права. Особенно богата такими иллюстрациями история советского налогового законодательства и налогообложения крестьянства в 1928–1941 гг. Анализ ряда негативных явле-

ний в правовом регулировании налоговых отношений в деревне в этот период, таких как неравное налогообложение при равных условиях хозяйствования и доходах различных групп крестьянства; экспроприационное налогообложение; нарушение определенности налогообложения путем неожиданного введения для налогоплательщиков новых налогов; двойное обложение одних и тех же источников дохода; применение обратной силы закона; нарушение закона или его «гибкое» применение правоприменительными органами во время налоговых кампаний и т.д., дает основание заключить, что они связаны друг с другом общей логикой и представляют собой некую политику государства, которую можно обозначить как налоговый произвол.

Налоговый произвол – это комплекс идеологически обусловленных политико-правовых мероприятий советского государства в сфере налогообложения, как правило, облеченных в правовые формы и сохраняющих видимость законности, но по сути попирающих принципы налогового права, реализация которых приводит к существенному ущемлению интересов и прав налогоплательщиков.

Налоговый произвол советского государства в 1928–1941 гг. обладал рядом характеристик.

1. Идеологическая обусловленность. Данный феномен обосновывает идея возможности построения социалистического государства в отдельно взятом государстве и вытекающий из неё концепция Сталина об усилении классовой борьбы в связи с приближением к социализму. Уничтожение классов согласно этой концепции достигается не путем потухания классовой борьбы, а через её максимальное усиление. Отсюда следовало то, что в этой борьбе необходимо максимально усиливать власть пролетарского государства. Налоговое право в деревне становится инструментом воплощения этого идеологического постулата. Непосредственным выражением этой концепции являлся классовый принцип, который лежал в основе правового регулирования налоговых отношений в советской деревне в 1928–1941 гг.

Классовый принцип, будучи идеологической конструкцией, не имел правового характера, но при этом подменял собой все остальные принципы налогообложения, конструировал всю систему налогообложения и обосновал законность и целесообразность мероприятий налогового произвола.

2. Правовая форма. Основные механизмы, посредством которых осуществлялся произвол, имели закрепление в нормативно-правовых актах различного уровня, их реализация происходила также в правовых формах. Пропагандистский аппарат советского государства уверял в

законности и целесообразности всех мероприятий налогового произвола.

Но содержание предписаний нормативных актов, воплощавших в жизнь мероприятия налогового произвола, противоречило базовым принципам современного налогового права, таким как справедливость, равенство, законность, определенность и удобность налогообложения, не удвоение налогообложения и т.д.

3. Все нормы и мероприятия, характеризуемые как произвол, соответствовали интересам государства и существенно ущемляли интересы налогоплательщика. Необходимо подчеркнуть, что ущемление интересов было существенным. Крестьянское хозяйство, подвергнутое мероприятиям налогового произвола, утрачивало хозяйственную устойчивость, что выражалось в сокращении объемов производства, прекращении введения отдельных видов деятельности. Всё это вело к ухудшению хозяйственного положения крестьянского двора, а в отдельных случаях – к прекращению его существования как хозяйствующего субъекта.

4. Прямой открытый налоговый произвол носил не постоянный характер, а был временным мероприятием по решению задач, стоящим перед государством. Наиболее открытые формы произвола можно наблюдать в кризисные переломные моменты взаимоотношений советского государства и крестьянства. Например, кризис хлебозаготовок в 1928–1929 гг. породил обязательное самообложение и индивидуальное обложение сельхозналогом. Проблемы в деле коллективизации вызвали налоговые акции против единоличников в 1932, 1934, 1935 гг. Произвол смягчается по мере завершения коллективизации. И приобретает иные более сложные формы в колхозе. В целом колхозная система сохраняет сущность произвола дисбаланс частного и публичного интересов при изъятии ренты. При этом ему придается более сложный, завуалированный характер, так как значительная часть ренты изымается государством не через налоговые каналы.

5. Налоговый произвол распространялся не на всех крестьян, а только на избранные государством «классово чуждые» слои деревни.

На основе классового принципа происходила дихотомия крестьянства, постоянно в среде крестьян выделялись «свои» и «чужие». Из логики идеологической концепции классовой борьбы следует, что налоговый произвол должен был применяться в отношении лишь классово чуждых, пролетарскому государству, категории населения. И действительно налогообложение «чужих» было направлено на ограничение, а в ряде случаев – на ликвидацию этих категории крестьянских хозяйств. Но, как показывает исследование, произвол распространялся и на не зажиточные слои деревни и даже на колхозников. Данные случаи объ-

яснялись большевистским руководством, в период с 1928 г. по середину 30-х гг., с помощью концепции «перегибов».

В целом сущность произвола заключается в дисбалансе между публичным интересом государства и частным интересом налогоплательщика, точнее, в отсутствии защиты, гарантий частного интереса налогоплательщика со стороны государства в налоговых отношениях. Налоговый произвол советского государства с неизбежностью следует из доминирующей роли любого государства в сфере правового регулирования общественных отношений в области финансов. Приоритет публичного интереса над частным в налоговых отношениях не оспорим, это, кстати, и является объективной предпосылкой для произвола, но все же следует иметь в виду, что и частный интерес обязательно должен быть реализован в этих отношениях. Только в этом случае данные отношения будут иметь правовой характер. Частный интерес гарантируется такими основополагающими принципами налогового права, как справедливость, равенство, законность, определенность и удобность налогообложения, не удвоение налогообложения и т.д. Реализация этих принципов в налоговых правоотношениях приводит к защищенности налогоплательщика от излишних притязаний государства и гарантированности его прав и интересов, дает возможность налогоплательщику развивать и планировать свою хозяйственную деятельность.

Д.Н. Горшунов

Казанский (Приволжский) федеральный университет

К ВОПРОСУ О СИСТЕМНОСТИ ПРАВА (МЕТАОТРАСЛЕВОЙ АСПЕКТ)

В современной правовой доктрине сложились и успешно используются в качестве юридических догм, признанных классическими и неизменными правовые категории, институты, по поводу которых уже достаточно устоялось научное мнение и которые поддаются исследованию лишь на предмет вскрытия более глубоких пластов их сущности, изучаются на «молекулярном» уровне. К числу таких устоявшихся категорий следует, со всей очевидностью, отнести и систему права, традиционное рассмотрение которой предполагает выделение по степени сужения предмета правового регулирования отраслей, подотраслей, институтов и норм. Имеющиеся исследования не затрагивают основ со-

держания и формы системы права, но уточняют, дополняют, способствуют приращению теоретических знаний в данной области.

Вместе с тем, наряду с разложением системы права на конструктивные элементы, возможно ее исследование на предмет выявления функциональных свойств системы права и построения соответствующего подразделения, которое тоже будет отражать ее структуру, но уже не на элементарных уровнях, а на «макроуровне», где составные части системы права представляют собой более сложные, чем норма, институт и отрасль образования, а потому являющиеся не «элементарными частями», а скорее сферами, зонами права, «юридическими галактиками»¹. Системность права при всех её объективных выражениях во многом несет в себе свойства субъективизма, поскольку содержит субъективный анализ и интеллектуально обусловленную оценку её элементов и связей между ними.

Общенаучный термин «система» многомерен. К его раскрытию применительно к праву можно подходить с самых различных точек зрения. Одним из первых в истории науки трактовал понятие «система» французский философ-просветитель Этьен Боно де Кондильяк (1714–1780; «Трактат о системах», 1749), рассматривая ее не как механическую смесь разнородных элементов, а как взаимосвязь и взаимообусловленность этих элементов, выявленную при изучении эволюции разнообразных систем в природе и обществе в контексте закономерных преобразований одних систем в другие. Особенно интересно его умозаключение о том, что если система не преобразуется под воздействием меняющихся обстоятельств, она перестает соответствовать своему назначению и разрушается².

Занимательным представляется подход немецких ученых-юристов Бернда Рютерса и Акселя Бирка, приводящих в качестве аналогии системы права Солнечную систему, состоящую из элементов (планет), находящихся на определенном местоположении (орбите) под воздействием внутренней связи (гравитации) и отграниченных от внешней системы (Вселенной), что характеризует, по мнению данных авторов, внешнюю и внутреннюю стороны системы права, т.е. соответственно переносу данной аллегии на право, макроуровень системы права, куда входят, в частности, подсистемы публичного и частного права, и микроуровень, обращенный к содержанию правовых норм³.

Вторя Лао-цзы, следует согласиться, что, разбивая любое целое на части, мы должны дать определения и отдельным частям. Следовательно, выделяя элементы системы права, необходимо дефинировать их и определить область применения. Представляется методологически возможным опереться на вывод Д.А. Керимова о том, что имеются та-

кие целостные правовые образования, части которых могут существовать относительно самостоятельно, автономно, что не нарушает само по себе диалектического единства целого⁴, поскольку характер связей между частями правового целого и природа самих частей правового целого определяются особенностями содержания (субстанции, предмета).

По своему содержанию, рассмотренному сквозь призму своей системы, право представляется неоднородным. В своей структуре оно содержит нормы, имеющие различную направленность, функциональность и адресованные различным субъектам. В этой связи следует выделять сферы, мегаотрасли, макроуровни системы права, объединяющие сходные по своему содержанию правовые нормы, определяющие специфику правового регулирования, выражающуюся в определенном, характерном наборе его средств.

В связи с традиционно сложившимся подходом к «дуализму» системы права, по смыслу которого выделяются по два направления, характеризующиеся наличием или отсутствием в регулятивной сущности правовой нормы определенных качественных черт, мало у кого вызывает сомнение относительно деления права на частное и публичное, материальное и процессуальное, внутригосударственное и международное, а также обозначившееся в последние годы в связи с развитием глобальных коммуникационных сетей подразделение права на реальное и виртуальное. При этом также очевидно, что взятое в совокупности такое подразделение не однопорядковое и взаимоисключающее лишь в отношении своего парного «антагониста». Норма права может содержать соответствующие признаки каждого из критериев дихотомии, ибо сколько у предмета сторон, столько у него и определений (В.И. Ленин). Так, норма частного права может носить материальный или процессуальный характер, быть внутригосударственной либо «международного происхождения», норма публичного права может проявлять себя так же.

В этой связи представляется, что механическое распределение правовых норм по указанным направлениям не раскроет специфики правового регулирования каждого из них. Более того, очевидно и то, что рассмотрение системы права через совокупность отраслей, подотраслей и институтов в данном случае не раскрывает особенности правового регулирования, присущие каждой из мегаотраслей.

Вполне логично напрашивается вывод о том, что система права представляет собой сложное *многомерное* явление. Обозначенные выше направления представляют собой плоскости, обеспечивающие некое подобие тригонометрической системы пространственных измерений: одна плоскостная система координат позволяет определить местона-

хождение по шкале «частное-публичное», вторая – по шкале «материальное-процессуальное», третья – по шкале «внутригосударственное-международное» и, возможно, четвертое измерение, которое пока так же не явно, как и аналогичное представление для нашего привычно воспринимаемого трехмерного пространства – по шкале «традиционно (реальное)-информационное (виртуальное)». Эти пары представляют собой одноуровневые и контрадикторные по отношению друг к другу категории.

¹ Термин предложен профессором С.С. Алексеевым. См.: *Алексеев С.С.* Частное право: научно-публицистический очерк. М.: Статут, 1999. С. 29.

² См.: *Жоль К.К.* Философия и социология права: учебное пособие для вузов. 2-е изд., испр. и доп. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2005. С.247; *Богуславский В.М.* Кондильяк. М.: Мысль, 1977. 159 с.

³ *Bernd Rühlers, Axel Birk.* Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. 2., neu bearbeitete Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2005. S. 106–107.

⁴ *Керимов Д.А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). 2-е изд. М.: Аванта+, 2001. С. 217–219.

А.И. Гройсберг

Пермский государственный университет

ПОЛИТИЧЕСКОЕ УЧЕНИЕ РОЙЕ-КОЛЛАРА О СУВЕРЕНИТЕТЕ

Пьер Поль Ройе-Коллар (1763–1845) – французский политический деятель и философ, основатель политической партии доктринеров.

Ройе-Коллар не оставил после себя объемных работ, его политическое наследие состоит из речей, произносимых им на выступлениях в Палате депутатов. Он всегда с жаром защищал свои убеждения, активно использовал идеи своих товарищей и был, пожалуй, самым ярким представителем своей партии.

В своих размышлениях Ройе-Коллар опирается, прежде всего, на идеи Ш.Монтескье, чья теория разделения властей лежит в основе теории суверенитета лидера доктринеров. Но у Ройе-Коллара было определенное преимущество перед Монтескье: он жил в эпоху, когда можно было судить о практических результатах применения идей, появившихся в XVIII в.

© Гройсберг А.И., 2010

Прежде всего Ройе-Коллар был сторонником сохранения во Франции режима ограниченной, конституционной монархии. При этом, Ройе-Коллар делал различие между английским и французским парламентаризмом и утверждал, что во Франции вся совокупность правительственной власти должна сосредоточиться в руках короля, что установление министерства, ответственного перед большинством палаты, равносильно падению монархии. В своих размышлениях о правлении, наилучшим образом подходящим для Франции, Ройе-Коллар старался примирить свободу с порядком, конституционный образ правления – сильной правительственной властью.

Конституционная хартия 1814 г. была для Ройе-Коллара идеальным документом. Она установила во Франции представительное правление, наилучшую с точки зрения Ройе-Коллара форму правления, а также закрепляла гражданские свободы, открывавшие путь к всестороннему развитию личности. В отличие от Б. Констана, который считал «Хартию 1814 г.» началом политических реформ во Франции, Ройе-Коллар оценивал ее как вершину политического развития, полагая, что углубление политических реформ могло сломать то хрупкое равновесие, которое с таким трудом было достигнуто, и привести к новому революционному взрыву.

Большое внимание в творчестве Ройе-Коллара отводится вопросам суверенитета. Вообще, разработка проблемы суверенитета — одно из наиболее популярных и плодотворных направлений во французской политической философии XIX в.

Французские доктринеры и Ройе-Коллар, в частности, с величайшей энергией восстают как против догмы «абсурдной и тиранической» народного суверенитета, так и против теологической теории суверенитета.

По словам Ройе-Коллара, народный суверенитет является суверенитетом силы, наиболее абсолютной формой неограниченной власти. «Перед этим суверенитетом без правил и границ, без совести и сознания долга, не существует ни конституции, ни законов, ни добра, ни зла, ни минувших, ни грядущих времен. Сегодняшняя воля, отвергая вчерашнюю, не связывает завтрашней воли. Притязания наиболее капризной, наиболее экстравагантной тирании не идут так далеко, потому что сознание ответственности обуздывает тирана». При реализации идеи народного суверенитета правительство превращается в армию, уничтожающую все права и свободы. Суверенитет народа или абсолютная власть монарха, отмечает Ройе-Коллар, все это различные формы, более

или менее неудачные, господства силы на земле. Обращаясь к теории божественного права, Ройе-Коллар с уверенностью заявляет: «Божественное право, перенесенное из церкви в государство, есть историческая ложь».

Выступая против принципа народного суверенитета, Ройе-Коллар утверждал, что понятие суверенитета означает не власть, а моральное обязательство: «Да, нации суверенны в том смысле... что принадлежат самим себе и, по естественному праву, заключают в себе самих средства, позволяющие добиваться сохранения и процветания; в том смысле также, что общественное согласие есть единственная прочная база правительств, которые существуют, следовательно, для наций и посредством наций. Но эти неоспоримые истины являются, скорее, моральными максимумами, чем принципами правления; они больше выражают божественный суверенитет разума и справедливости, чем тот практический человеческий суверенитет, который создает законы и управляет государствами». В связи с этим меняется и логика легитимации власти: ни одно правительство не может претендовать на легитимность по признаку происхождения. Оно только стремится быть легитимным — в той мере, в какой его действия отвечают разуму и справедливости, определенным свыше и сформулированным в праве. Практическим показателем их соответствия критерию справедливости выступает мнение граждан.

И все же, по мнению Ройе-Коллара, суверенитет существует. Политическим концепциям своих предшественников Ройе-Коллар противопоставляет собственную теорию суверенитета Разума.

Единственными законными суверенами являются только Разум и справедливость — вот исходный пункт концепции Ройе-Коллара о суверенитете.

Ройе-Коллар обращался к народу, королям, членам правительства со словами: «Вы — не суверены, Вы — законодатели, а это не одно и то же!» Выступая против любого намека на деспотизм, в своих речах лидер доктринеров защищал то одну, то другую форму правления, часто менял свое мнение, во многом противоречил сам себе, но был постоянен в одном — никакая власть на земле не является суверенной, кроме власти Разума. Общество в творчестве Ройе-Коллара предстает перед нами, как арена непрекращающейся борьбы между различными видами власти за право осуществления суверенитета. Но никакой власти не принадлежит и не может принадлежать исключительное право обладания суверенитетом.

По мнению Ройе-Коллара, высшей властью над людьми и над монархами обладает только Разум. Любая попытка объявить сувереном кого-либо влечет за собой еще установление деспотизма.

Ройе-Коллар отстаивает идею о том, что правление, организованное в соответствии с принципами суверенитета Разума, основывается на прямой и непосредственной деятельности части нации, способной осуществлять политическую власть. Ройе-Коллар выступает против демократического нивелирования, устраняющего идею заслуг и против всеобщего избирательного права. Таким образом, суверенитет Разума используется им в качестве весомого аргумента в пользу меритократии.

В своих рассуждениях о суверенитете Ройе-Коллар приходит к выводу о том, что никакой человеческий суверенитет не может быть абсолютным. Ройе-Коллар рассуждает следующим образом: если в обществе кто-то обладает абсолютным и неотчуждаемым суверенитетом – это деспотическое общество. А установление деспотии означает скорую социальную смерть, или, как минимум, предвещает собой глубокий экономический упадок.

Таким образом, Ройе-Коллар опровергает основные характеристики суверенитета, предложенные в классических абсолютистских и либеральных теориях Запада: абсолютный характер, неотчуждаемость и неделимость.

Важным принципом организации политической власти, по мнению Ройе-Коллара должно стать разделение суверенитета. Вслед за Ш. Монтескье он настаивает на необходимости разделения властей, на такой организации управления, при которой суверенитет представляет собой сообщество многообразных политических властей, которые имеют различное происхождение и ограничивают друг друга путем создания специальной системы сдержек и противовесов.

Таким образом, в своих политических рассуждениях Ройе-Коллар был одинаково далек, как от крайнего левого либерализма, выступавшего за принятие «империалистической» конституции, так и от крайнего правового крыла французской либеральной мысли XIX в., стремящегося к возврату старого режима. Ройе-Коллар называл себя и своих единомышленников «умеренными новаторами», открыто принимавшими общество, вышедшее из недр Революции и пытавшимся заложить рациональные основы для его управления.

ЖИВУЧЕСТЬ АДМИНИСТРАТИВНОГО ГОСУДАРСТВА И ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

Административным называется государство и правовая система, которые обеспечивают господство над обществом класса управленцев, составляющих государственный аппарат. Это осуществляется путем закрепления государственной собственности на основные средства производства, государственного распределения основных общественных богатств. Общество не допускается к формированию государства. Ему навязывается идеологию этатизма, патернализма, вождизма и иерархии. Противоположной административному являются частнособственническое государство и правовая система, которые ставят слой управленцев под контроль общества (имущих классов), защищая частную собственность и рыночное распределение продукта, демократический характер государства и свободу духовного развития общества.

В середине XIX в. К. Маркс высказал предположение, что в ближайшее время капитализм, а вместе с ним буржуазное государство, победят во всем мире. Колониальная политика стран Европы и США, кажется, подтверждали это предположение. Но прошел XX век, а победы капитализма во всем мире не произошло. Более того, этот век начался победой Октябрьской революции в России, которая уничтожила зачатки буржуазного государства, возникшего в феврале 1917 г., и породила новую модель административного государства и правовой системы. Эта революция по праву называется великой, поскольку она показала, что административное государство и правовую систему еще рано списывать в архив истории. Они способны не только выживать, но и порождать новые модификации, ранее не встречавшиеся в мире. Спецификой новой модели административной системы было то, что бюрократия формируется преимущественно из рабочего класса и крестьянства. Частные собственники как слой, обслуживающий бюрократию, вообще устраняются. Бюрократия сама осуществляет непосредственную эксплуатацию населения. Новый вид административной системы сакрализуется с помощью ранее не применявшейся государствами идеологии социализма и коммунизма. Фактически К. Маркс сам помог создать новую модификацию так называемого азиатского государства, отмирание которого он предрекал.

Октябрьская революция и построение Советского государства наглядно показали, что административное общество способно к регенерации, т.е. восстановлению в новых формах в новых условиях. Население, не способное к самостоятельному выживанию, устранив в ходе революции один класс управленцев, тут же воссоздает его из своего состава (на место «отрубленной головы выросли новые»).

Вместе с тем государства и правовые системы так называемого социалистического типа носят общие черты административной системы. Экономическое господство в обществе принадлежит классу управленцев, которые от имени населения (рабочего класса) осуществляют права собственника на средства производства. Имевшая место в СССР степень огосударствления общественных благ встречается в истории не часто. Что-то подобное было на отдельных этапах истории Древнего Египта, в Месопотамии и в Древнем Китае.

Для возникшего после Октябрьской революции государства и правовой системы характерны типичные для административных обществ политические отношения, в основе которых лежит авторитарный политический режим, монархическая форма правления и имперское государственное устройство.

Закрепляемая в качестве обязательной социалистическая идеология имеет свойства религии, заимствует у нее многие атрибуты: священное писание в виде марксизма, пророков и их учеников, вера в рай и спасение. Как и многие этатистские религии, коммунистическое учение опирается на идеи патернализма. Роль пророка и учителя занимает коммунистическая партия и ее вождь.

Пример СССР наглядно показывает, что административное государство может быть построено не только в условиях господства сельскохозяйственного производства, но и на индустриальной экономической базе при условии дешевой рабочей силы и наличия богатых природных ресурсов, которые позволяют бюрократии присваивать себе природную ренту.

Формирование административного государства и правовой системы России после революции есть процесс объективный, а не субъективный. Он был обусловлен стремлением к выживанию и сохранению своей власти новой бюрократии. Если бы она оказалось столь наивной, и что приступила бы к строительству демократического государства и общественного самоуправления, в соответствии с марксовской мечтой, то она бы потеряла власть, и сегодня Россия была бы обычным развитым буржуазным европейским государством.

Можно сказать, что построенная в результате победы Октября социальная система является высшей стадией развития административного типа общества.

В 1990-е гг. Россия предприняла новую попытку построения демократического буржуазного государства. С этой целью была написана Конституция, закрепляющая либеральные ценности. Законодательные акты стран Запада были переведены на русский язык и стали законами России. Но превратиться в европейскую страну России вновь не удалось. Возникший хаос заставил население искать «твердую руку», способную «сверху» навести порядок в стране. Бюрократия объединилась вокруг сильного правителя, воссоздала свое партеобразное объединение, подчинила себе представительные органы и суды. Эксперимент с созданием демократического государства не удался, так как население отказалось участвовать в политической жизни страны, вручив свою судьбу пожизненному правителю, судя по всему, на ближайшие 30 лет. Новая бюрократия, в отличие от советской, поддерживает условную частную собственность и условное право на предпринимательство. Используя свою власть, она сама накапливает капитал и помогает в этом своей клиентеле. Иными словами, поддерживается не рыночная, а монополизированная экономика, обеспечивающая экономическое господство бюрократии. С помощью подконтрольных правящей группе партий создается видимость политического плюрализма, но возникновение сил, способных сменить правящую группу, не допускается. В стране существует дозированная бюрократией свобода слова, управляемые выборы в органы власти. Идеологической опорой бюрократии опять, как в XIX в., становится религия.

Образцом для подражания административных государств мира сегодня выступает не Россия, а Китай. Китайская бюрократия сохраняет в своих руках политическое и идеологическое господство, одновременно искусственно выращивая в своей стране подконтрольную ей буржуазию, заимствуя элементы частного права на Западе. Будущее административного государства и правовой системы сейчас решается здесь. Все зависит от того, сумеет ли китайская бюрократия удерживать под контролем быстро развивающийся класс буржуазии или мы получим германский вариант развития, при котором экономически укрепившаяся буржуазия постепенно возьмет под свой контроль государство.

В настоящее время высказывается мнение, что на смену идеям социализма и коммунизма, которые были опорой административного государства в XX в., может прийти ислам. Эксперимент по созданию теократического государства в Иране не получил распространения в мире, но дал большой приток энергии исламским движениям на плане-

те, которые фактически ставят своей целью создание в своих странах бюрократических государств, по справедливости распределяющих общественный продукт и осуществляющих идеологическое господство над обществом. Государства, в которых распространен ислам, сегодня являются самыми не демократическими в мире.

Д.Н. Круглов

Пермский государственный университет

СОЦИАЛЬНЫЕ КОНВЕНЦИИ В ПРАВОВОМ ПРОСТРАНСТВЕ

1. Мы исходим из того, что право как реальное явление едва ли можно воспринимать иначе, как единство социальных отношений и норм, которые эти отношения оформляют. Данные нормы имеют формальную определенность и предоставительно-обязывающий характер, т.е. связывают субъектов правового общения обязательными для них правилами (обязанность корреспондирует с правомочием), давая им свободу действий в отчетливо определенных рамках дозволенного. Для одних эта свобода действий имеет широкий смысл (для граждан), для других она не допускает широкого толкования и является обязанностью (для тех, кто обладает властью применять легитимное насилие).

Право должно обладать легитимностью, иначе оно будет бессодержательно: если принимающие решение субъекты не считают обязательными для себя публично провозглашенные общеобязательными правила, то такие нормы официального права окажутся «пустыми». Когда последние находятся за пределами социального пространства (по А. Бондареву), подлежащего правовому регулированию, то они превращаются в «мертвые» нормы. Если же нелегитимная норма должна покрыть часть правового пространства, то там обнаруживается правовой вакуум, т.е. порядок социального общения, требующий правового оформления. Можно предположить, что этот вакуум заполняется ничем иным, как неофициальным правом.

2. Официальное (санкционированное верховной властью) право с этой точки зрения есть лишь один из видов права вообще и сосуществует в рамках одной правовой культуры с правом неофициальным. Последнее может работать в согласии с официальным правом и в силу исторических обстоятельств получить санкцию власти (каноническое пра-

во), быть по отношению к нему нейтрально (юридическая доктрина, корпоративные правила) и резко ему противостоять («воровское право»). Неофициальное право охотно устремляется в обозначенный вакуум и восполняет недостаток легитимности, нередко имитируя внешние формы права официального. Субъект может существовать одновременно в нескольких нормативных системах (законопослушный полицейский регулярно делает намаз и содержит вторую неофициальную жену), однако в случае столкновения чуждых по своему происхождению нормативных систем (представитель традиционной патриархальной культуры требует от своего меньшего по старшинству соплеменника исключительных условий, противоречащих закону), необходим переход от одной нормативной системы к другой, т.е. конвенция.

3. Мы исходим из того, что конвенция есть социальный акт (по А.Райнаху), свидетельствующий о схождении (конвенции) нормативных систем, «играющих» на одном и том же социальном пространстве в отношении одних и тех же социальных благ. В отличие от норм (имеющих общий характер, т.е. действующих неопределенное число раз в отношении неопределенного числа субъектов) конвенция сама по себе единична (хотя может и происходить неоднократно). Конвенция есть свидетельство легитимации нормативной системы, которая приходит на смену нелегитимной. Индивиды или локальные коллективы вынуждены принимать правила, составляющие нормативную систему общности, к которой они принадлежат. Ситуация, порождающая необходимость ориентироваться на иную систему ценностей, создает разрыв, который требует выбора. Выбор означает добровольное или вынужденное, рациональное или «инстинктивное» принятие одной из нормативных систем, которые «сошлись» в данном сегменте социального пространства.

В обществе, на наш взгляд, нет дефицита норм вообще, возможен лишь дефицит легитимных правил. Легитимность как «внутреннее оправдание» (М. Вебер) отнюдь не означает, что фактическое наблюдаемое поведение субъектов должно непременно свидетельствовать о реализации нормы. Чтобы быть легитимной для нормы как должного, достаточно того, чтобы она «обнаруживала себя» (когнитивно) в ходе осмысления поведенческого акта (делала поведение осмысленным) или же в дискурсе (группе очевидных для субъектов высказываний о должном поведении). Станет ли врач «раскручивать» пациента на покупку дорогих медикаментов или назначит ему лечение, соответствующее правилам оказания медуслуг, использует ли предприниматель «серую» схему оформления сделки, оспоримую с точки зрения закона, но обычную для сообщества субъектов его круга – примеры ситуаций правовых конвенций.

4. Нам видится, что конвенции совершаются в пределах одного нормативного ряда. Нормативным рядом мы предлагаем именовать совокупность нормативных систем, имеющих одни и те же существенные признаки. Существенным основанием для вычленения нормативного ряда мы считаем субъектный состав, характер психического воздействия и способ защиты нормативного порядка. Внешнее выражение нормы (способ закрепления) при этом не имеет определяющего значения. Так называемые «виды социальных норм», по нашему мнению, существуют как нормативные ряды и как нормативные системы.

Заметим, что расхожие классификации социальных норм редко выдерживают проверку с точки зрения элементарно формальной логики. Так, например, деление норм на технические, правовые, религиозные, корпоративные, моральные и обычаи не оставляет никакой возможности разобраться в характере и сфере их действия. Религия может быть источником как права, так и морали; в корпорациях могут действовать обычаи и нормативные акты (не обязательно правовые), а так называемые «технические» правила присутствуют в любой нормативной системе и собственной не образуют хотя бы потому, что по самой своей природе изначально имеют социальное происхождение и выделяются лишь по видовому объекту воздействия.

5. В пространстве социального нормирования мы обнаруживаем три тотальных нормативных ряда: а) право, б) нравы, в) обыкновения (на эти три основных разновидности социальных норм указывает А.В. Поляков). Эти ряды делят общее социальное пространство (направлены на одни и те же объекты воздействия), причём делят его «последовательно», не пересекаясь. Особняком стоит мораль из-за своего явно трансцендентного происхождения и сугубо индивидуального способа восприятия, что не исключает, а прямо предполагает её претензию на абсолютность и всевременность. Наличие этих трех (или четырех) рядов не означает, что не существует других. Например, можно выделить логические, этические и эстетические нормативные ряды, и они образуют особую группу слоёв; экономические, политические, культурные, социальные и экологические ряды – свою группу и т.п.

Многомерная социальная структура, многообразие социальных групп, в том числе стратов, со своими ценностями и интересами, создают предпосылки для сосуществования отдельных нормативных систем внутри нормативного ряда. С этой точки зрения видится неизбежным плюрализм в нравственности (пределы допустимого поведения с позиций различных референтных групп могут резко различаться); отсутствие сколько-нибудь строгих санкций приводят к относительно мирному сосуществованию обыкновений, обеспечивающих нормальный

режим человеческого общения в различных человеческих коллективах, в области, подлежащей правовому регулированию, образуются системы взаимосвязанных легитимных предоставительно-обязывающих правил поведения, считающихся общеобязательными, образующих подсистемы национальной правовой системы данного общества.

6. Текстуально нормы всех рядов могут выражаться в виде писаного акта (как пример, «Уголовный кодекс», «Кодекс профессиональной этики адвоката», «Юности честное зеркало»), устного (или уже записанного) обычая, решения авторитетного лица, которому может быть придано особое образцовое значение. Вышесказанное совпадает с тем, что в правоведении называется «источниками права в формальном смысле». Наша гипотеза состоит в том, что схождение от одного нормативного ряда к другому невозможно. К примеру, конфликт между правом и нравами может быть, строго говоря, только мнимым: наличие фиксируемого противоречия означает, что какая-то из норм испытывает дефицит легитимности и нормативный вакуум стремится заполнить норму из другой нормативной системы (но не ряда). Если кризис не столь глубок, то норма всего лишь потребует исключений, которые должны быть частью самой же нормы. Рациональное нормотворчество должно стремиться учитывать природу отношений, на которые он намерен воздействовать, чтобы нормотворческая политика была эффективной.

Т.Е. Логинова

Пермский государственный университет

«ТЕРЕЗИАНА» 1768 Г.

Основы современной системы права Австрии были заложены еще в XVIII в., когда вместо партикулярного права отдельных областей, входивших в Австрийскую империю, и самостоятельной юрисдикции феодальных правителей стали формироваться единое законодательство и централизованная система судов.

Своеобразным обобщением средневековой теории и практики квалификации преступлений и наказаний явилась так называемая «Терезиана» – австрийский кодекс 1768 г., сменивший в австрийских землях «Каролину» – уголовное и уголовно-судебное уложение Карла V.

В 1753 г. императрица Мария Терезия учредила комиссию для кодификации общевстрийского гражданского и уголовного права и

процесса. Эта комиссия составила кодекс гражданского права 1767 г., который оказался крайне несовершенным, поэтому вскоре потребовалась его переработка. Через год был издан уголовный кодекс, известный под названием *Constitutio criminalis Theresiana*.

Подготовленный в итоге развернувшихся с 1753 г. в Австрии кодификационных работ кодекс был одновременно сводом и процессуальных правил, и материальных норм. Уложение, которое насчитывало 104 статьи, состояло из 2 частей: 1) Об уголовном судопроизводстве, 2) О преступлениях, подлежащих уголовному рассмотрению, и их наказании. По своей структуре и систематике правонарушений «Терезиана» следовала традиции германского права, восходящей к «Каролине». Однако модернизация также была значительной, хотя и не во всем соответствовавшей декларированным началам политики «просвещенного абсолютизма», проводившейся в период правления императрицы Марии Терезии.

Важнейшим мотивом кодификации уголовного права и судопроизводственных правил в «Терезиане» была централизация юстиции, повышение степени ее подзаконности. Поэтому правовые предписания были направлены на то, чтобы сколько возможно меньше оставить усмотрению судьи. Свообразно было построение кодекса: помимо общих правоположений, содержащихся в первой части, каждая статья второй части, описывая отдельный вид преступления, конкретно определяла, по каким уликам можно возбуждать дело по данному обвинению, по каким прибегать к допросу, особо к следствию с использованием пытки, что считать смягчающими и отягчающими обстоятельствами. Причем перечни последних также были конкретны: то,

что отягчало ответственность в одних преступлениях, иногда не играло такой роли при обвинениях в других. В понятие и квалификацию преступлений вводилось точное требование их законности: преступлением считалось то, что направлено против конкретных запрещений законов (подразумевалось, ранее изданных). Все преступления подразделялись на направленные против, во-первых, публичных и, во-вторых, частных интересов. Еще одной важной особенностью кодекса было сокращение объема уголовной репрессии: значительное число видов незначительных правонарушений, которые ранее подлежали уголовной ответственности, было исключено; отныне они должны были войти в число подлежащих полицейским мерам воздействия. Основными объектами преступлений были христианское вероучение, интересы короны и государства, должностные порядки. В числе частных преступлений наибольшего внимания удостоились убийство и воровство. Ограничивая церковную юрисдикцию, «Терезиана» неожиданно большое внима-

ние уделила преступлениям сексуальным и против морали, семейных устоев. Едва ли не впервые в уголовном законе здесь были зафиксированы преступления, совершенные против печати (пасквили, карикатуры и т.п.).

Система наказаний осталась достаточно жесткой. Хотя наиболее зверские (утопление, погребение заживо, разрывание животными) отменялись. Смертная казнь по-прежнему подразделялась на особо жестокую, назначавшуюся за сверхтяжкие преступления (в виде сожжения, четвертования, колесования) и обычную, полагавшуюся за просто тяжкие преступления (отсечение головы, повешение для женщин). На втором по значимости месте стояли отягчительные или болезненные наказания. К ним были отнесены и собственно телесные наказания (главным образом, путем прогнания сквозь строй), и публичные работы, и ссылка, и тюремное заключение. Ссылка регламентировалась по образцу римского права: или в какое-то определенное место, или с исключением каких-то мест. Третьим определенным видом наказаний были штрафы. Могли применяться еще и неопределенные наказания, налагавшиеся по усмотрению судьи. Закон оговаривал только, что запрещалось впредь в качестве уголовного наказания определять к военной службе. Здесь были и отстранение от должности, и лишение некоторых прав и т.п. В качестве дополнительной меры могла применяться конфискация имущества (полностью или частично).

Кодекс предусматривал очень широкий круг допустимых обстоятельств смягчения или отягощения ответственности. Это было, пожалуй, самым важным новшеством в уголовном праве. Так, к обязательному увеличению наказания вело неоднократное совершение преступления, групповое. К смягчению ответственности – совершенное в юном возрасте, не в сознании происходящего и т. п. Весьма подробно регламентировалось освобождение от ответственности за преступления, совершенные в порядке необходимой обороны. В случае убийств различались наказания за умышленные и неумышленные убийства, за совершенные случайно; освобождало от ответственности совершение убийства по необходимости или в силу предписания права.

«Терезиана» сохраняла розыскной порядок судопроизводства по уголовным делам, в котором немалую роль играла возможность применения судебно-следственной пытки. Законом точно устанавливались основания к применению пытки и, что было наиболее своеобразной частью «Терезианы», формы ее. В приложении к кодексу было дано несколько десятков официальных иллюстраций-гравюр, на которых детальнейше изображались допустимые приемы и орудия пыток (в основном, тиски для рук и ног, «испанские сапоги», подвешивание и растяги-

вание на особой лестнице; допускалось также прижигание боков подследственного особыми пачками свечей; прочие произвольные методы исключались).

В «Терезиане» в 1768 г. указывались орудия пытки, которые можно применять только с разрешения высшего уголовного суда по преступлениям, влекущим смертную казнь, при отсутствии признания и других доказательств. От пытки освобождались больные, инвалиды, старики и малолетние, а также лица высших сословий, если совершенные ими преступления не носили наиболее тяжкого характера. Пытка была окончательно отменена в Пруссии в 1764 г., в Австрии – в конце XVIII в., а в ряде мелких германских княжеств – в 20-х гг. XIX в.

Таким образом, Уголовное уложение Марии Терезии было типичным образцом уголовного права и инквизиционной формы процесса, характерными для средневековых государств Западной Европы.

Р.Г. Минасова

Московский государственный университет им. М. Ломоносова

ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ ЛИКВИДАЦИИ ДЕТСКОЙ БЕСПРИЗОРНОСТИ В ПЕРВЫЕ ГОДЫ СОВЕТСКОЙ ВЛАСТИ

Беспризорность, как явление, возникла в России задолго до Октябрьской революции 1917 г. Ее масштабы менялись в зависимости от многих факторов, в том числе и уровня правовой регламентации, но в любом случае до конца XIX в. численность таких детей оставалась относительно небольшой.

До середины XIX в. решение проблемы детской беспризорности возлагалось в основном на общины. С конца XIX в. активизировалась деятельность государства, земств, общественности. Кроме того, забота о брошенных или осиротевших новорожденных детях осуществлялась богадельнями. Такая система ликвидации беспризорности имела целый ряд, как достоинств, так и недостатков. Пожалуй, главной, с моей точки зрения, заслугой того времени следует считать становления самого правового института патроната и усыновления, который в дальнейшем был развит и усовершенствован в правовых регламентациях различных отраслей права. Кроме того, именно в тот период закладывается один из основных современных правовых принципов борьбы с беспризорно-

© Минасова Р.Г., 2010

стью, безнадзорностью, о приоритете воспитания ребенка в привычных семейных условиях. В качестве недостатков следует указать на недостаточность правовой урегулированности процесса контроля за жизнью отданных на попечение детей, что нередко приводило к негативным результатам. Кроме того, государственные приюты не всегда отвечали своему назначению. Острая потребность в незамедлительном решении множества вопросов, связанных с беспризорностью, возникла сразу же после создания нового, Советского государства. После первой мировой войны, Октябрьской революции 1917 г. и гражданской войны беспризорность стала большим социальным бедствием. Среди основных причин сложившейся ситуации выделим следующие:

Политические причины. Кризис власти, политические потрясения. Войны, революция и как следствие политическое переустройство общества.

Социальные причины. С 1914 г. по 1921 г. Россия потеряла около 16 млн. чел. В результате политико-социальных потрясений распалось множество семей, большое число детей осталось без родителей в результате их гибели или иных причин (в том числе пропажа без вести).

Экономические причины. Голод, полное безденежье, безработица, не управляемая миграция, разорение хозяйств, разруха, бандитизм и другие массовые явления проявлялись в том, что у родителей не было средств элементарно содержать своих детей. Как следствие - массовое оставление своих детей на улицах.

Морально-этические причины. Отход от общечеловеческих ценностей, падение прежних моральных канонов и отсутствие новых, жизненная безисходность значительно повлияли на процесс отказа родителей (родственников) от своих детей.

В качестве еще одной серьезной причины назовем полный правовой вакуум в решении, в том числе рассматриваемого вопроса. Прежнее законодательство уже не функционировало, при этом оно и не могло каким бы то ни было образом разрешить ситуацию, поскольку новое еще не было разработано. Общество впервые столкнулось с проблемой такого уровня и масштаба. Правовую базу необходимо было формировать исходя из новых социально-политико-экономических реалий. Именно этим, как я думаю, объясняется разность и противоречивость, несистемность и ошибочность многих правовых принципов и канонов того периода.

В начале НЭПа (1921–1922 гг.) можно увидеть серьезные изменения в финансовом законодательстве, в частности в части бюджетного правового регулирования. Кроме того, на тот период четко прослеживалось состояние правового дисбаланса фактического положения дел. При

этом следует говорить как об административном, так и социально трудовом законодательстве, включая миграционное законодательство, законодательство о занятости, правовых гарантиях и ряде других правовых направлений.

К середине 1920-х гг., как я думаю, на законодательном уровне была определена система организационных и базовых финансовых положений, направленных на профилактику беспризорности и сбор средств на нужды беспризорников, т.е. строительство различных учреждений и помощь беднейшим семьям. Сформирована на практике комплексная система административного регулирования и общественного участия. Однако и участие общественных организаций требовало правовой регламентации, в том числе вопросов учета и контроля общественных средств.

В целом же следует отметить, что первые годы НЭПа стали одним из наиболее сложных, но плодотворных в части формирования правовых основ. Для этого периода характерен и процесс накопления (в основном) средств на последующую борьбу с беспризорностью. Значительное место при этом занимает и законодательство о борьбе с голодом.

Необходимо также отметить, что период 1926–1929 гг. характеризуется действенными мерами по преодолению рассматриваемого негативного явления. Взятый правительством курс на форсированное построение нового общества диктовал необходимость покончить с детской беспризорностью. В этих условиях аппарат пришёл к мнению, что нужно ликвидировать уличную беспризорность. В связи с этим уделялось большое внимание профилактическим мероприятиям. В правовом разрешении проблемы был осуществлён коренной перелом. К середине 1920-х гг. были проведены правовые реформы по многим направлениям, отраслям, изменены правовая идеология, базовые принципиальные позиции. С другой стороны, произошла естественная убыль беспризорности, так как беспризорники старше 16 лет перестали считаться таковыми. Большинство беспризорных удалось изъять с улицы и поместить в детские учреждения «подальше от глаз советской общественности», что позволило добиться «перелома» в решении данной проблемы.

Говоря о законодательных актах того периода, связанных с проблемами беспризорности, особо следует отметить Кодекс законов о браке, семье и опеке РСФСР 1927 г. Он занял особое место в истории права. Сохраняя прежние положения, он не только их повторял, но и уточнял, дополнял – сообразно тому видению правовой проблемы, которое сформировалось в те годы. В деле патронирования и опеки также прослеживается взаимодействие сил государства и общественности.

Кроме того, именно данный этап следует считать, как я думаю, началом реального формирования основ базового правового института семейного права – опека, попечительство, патронат, усыновление (удочерение), а также положений социального права.

И.А. Минникес

Сибирская академия права, экономики и управления (г. Иркутск)

НОРМАТИВНОЕ И ИНДИВИДУАЛЬНОЕ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ: ФОРМЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ

Взаимосвязь нормативных и индивидуальных регуляторов достаточно давно описана в философской и социологической литературе. Эти исследования явились научным фундаментом для теоретико-правовых изысканий в области теории правового регулирования.

Первичная тенденция развития правового регулирования такова – разрешение (регулирование) конкретных случаев (казусов) и далее от совокупности конкретных случаев к формированию нормы. Но это предопределяет и обратное движение – разрешение конкретных индивидуальных случаев на основе сформировавшейся нормы.

Переход от нормативного к индивидуальному правовому регулированию может происходить различными путями. Но независимо от формы происходит в рамках более масштабного процесса, который называется *«индивидуализация в праве»*.

Процессы индивидуализации в праве неоднородны. Они могут происходить в различных формах – конкретизация, детализация, дополнение, уточнение и т.д. Наибольший интерес представляет такая форма индивидуализации, как конкретизация в праве.

Понятие «конкретизация» не всегда связано именно с правом. Под конкретизацией в собственном смысле понимается процесс образования пары понятий, отражающий явления, одно из которых составляет частный, «видовой» случай другого, т.е. находящихся в родовидовых отношениях. Конкретизация права – это одна из форм конкретизации в целом.

Не следует связывать конкретизацию только с какой-то одной стадией процесса правового регулирования. Думается, можно выделить следующие виды конкретизации в праве: правотворческая конкретиза-

ция, конкретизация в правоотношении, правоприменительная конкретизация и конкретизация в процессе толкования права.

Правотворческая конкретизация осуществляется путем издания нормативных актов, которые по содержанию конкретизируют или дополняют существующие нормативные акты. Такие понятия, как «детализация», «дополнение», «уточнение», следует рассматривать как составную часть правотворческой конкретизации. Конкретизация здесь осуществляется на нормативном уровне.

Конкретизация в правоотношении имеет все основания считаться самостоятельным видом конкретизации. Большинство российских юристов считают иначе и сразу переходят от правотворческой конкретизации к правоприменительной или конкретизации при реализации права. Но, думается, что и такое понятие, как «конкретизация в правоотношении», имеет большой теоретический и практический потенциал.

Применительно к данному виду конкретизации в аспекте индивидуального правового регулирования можно выделить несколько наиболее перспективных направлений исследования.

Во-первых, это *конкретизация* на стадии возникновения правоотношения. Роль «конкретизатора» выполняет всякое правоотношение. Однако степень такой конкретизации различна. Общие (или общерегулятивные) правоотношения – это правовые связи, основанные на таких общих правах и обязанностях, субъекты которых не имеют поименной индивидуализации. Названные характеристики – закрепление общего правового статуса; отсутствие индивидуализации по субъектам или поименной индивидуализации присущи нормативному правовому регулированию. Поименная индивидуализация и другие проявления индивидуализации (наделение правами и обязанностями в индивидуальном порядке, индивидуальные особенности ситуации и т.п.) позволяют говорить о том, что такие правовые связи существуют в рамках индивидуального правового регулирования.

Во-вторых, это установление объекта и звеньев конкретизации. В этой связи особое значение приобретает ответ на вопрос – что именно конкретизируется на стадии возникновения правового отношения?

Как правило, первым звеном конкретизации предписаний правовых норм на стадии правоотношения называют правосубъектность. Но наличие этого первого звена не означает, что правовое регулирование из нормативного уже превратилось в индивидуальное. Обладая правосубъектностью как способностью быть участником правового отношения, субъект правоотношения автоматически не становится субъектом индивидуального правового регулирования. Для этого перехода необходимо

совершение юридически значимого действия, порождающего индивидуальное правовое регулирование.

Отдавая должное значению правосубъектности в конкретизации правоотношения, следует признать, что после этого первого шага возникает необходимость в дальнейшей конкретизации, которая наиболее четко проявляется через конкретизацию именно содержания правоотношения или точнее через совокупность прав и обязанностей, образующих содержание правоотношения.

Однако и здесь необходима оговорка. Само наличие и даже реализация субъективного права или юридической обязанности еще не говорят о том, что отношения перешли в плоскость индивидуального правового регулирования. Об этом можно говорить только тогда, когда осуществление субъективных прав и исполнение юридических обязанностей по форме и содержанию соответствуют всем признакам индивидуального правового регулирования.

В-третьих, создание необходимых условий для претворения веления нормы права в конкретные акты поведения.

К числу именно необходимых условий можно отнести следующие: возникновение ситуации, подпадающей под действие данной нормы права; необходимый субъектный состав; наличие юридического факта (или фактического состава), с которым связано возникновение данного правоотношения; соблюдение необходимой процедуры (если таковая установлена). При наличии названных условий складывается конкретное правоотношение, и правовое регулирование из уровня нормативного регулирования переходит в уровень индивидуального правового регулирования.

И, в-четвертых, конкретное правоотношение как результат индивидуального правового регулирования.

Правоприменительная конкретизация. Именно в этом случае осуществляется перевод нормативного предписания в индивидуальное.

Правоприменительную конкретизацию называют также простейшей формой конкретизации. Кроме того, эту форму предлагается называть «индивидуальная конкретизация», которая осуществляется посредством правоприменительной деятельности.

Конкретизация в процессе толкования права. Прежде всего, следует подчеркнуть, что «конкретизация» и «толкование права» не являются тождественными понятиями. Конкретизация права может проходить в различных формах, в том числе и в процессе толкования права. В то же время толкование права как интерпретационная деятельность может осуществляться и без конкретизации содержания правовой нормы.

Названные виды и формы индивидуализации в праве во многом отражают суть как нормативного, так и индивидуального правового регулирования, но не решают проблемы полностью. Главное, нормативное и индивидуальное правовое регулирование как два вида правового регулирования не следует противопоставлять друг другу. Только при их взаимодействии и взаимосвязи возможно эффективное воздействие права на общественные отношения.

Д.В. Носов

Пермский государственный университет

О КЛАССИФИКАЦИИ ЯВЛЕНИЯ ПРАВОПРЕЕМСТВА В ТЕОРИИ ПРАВА

Одной из самых значительных отличительных черт современного развития общественных отношений является возрастание количества правоотношений. Однако их изучение в последнее время ведется недостаточно активно. Например, практически не изучаются вопросы динамики правоотношений. При этом сегодня практически ни один учебник по теории права не обходится без упоминания о трех стадиях динамики правоотношений – возникновении, изменении и прекращении правоотношений. Но ни в одном учебнике по теории права не раскрывается сущность такой динамики. Между тем рассмотрение вопроса динамики правоотношений в различных отраслевых юридических науках включает в себя и вопросы о сущности явления правопреемства.

Несмотря на то что история изучения явления правопреемства насчитывает не один десяток лет, само явление правопреемства остается *de facto* еще малоизученным, особенно с точки зрения теории права. Термин «правопреемство» пополнил понятийный аппарат в значительной степени благодаря исследованиям в сфере гражданского права. Однако правопреемство встречается не только в гражданском, но и в конституционном и административном праве, процессуальных отраслях права, международном публичном и частном праве и др. Таким образом, по-видимому, понятие «правопреемство» следует рассматривать с позиции науки теории права.

По-видимому, правопреемство – это юридическое явление, представляющее собой не связанное с личностью субъекта правоотношения и не запрещенное законодательством изменение субъектного состава

правоотношения, при котором в порядке производного приобретения субъективных прав и (или) юридических обязанностей происходит их переход от одного лица (правопредшественника) к другому (правопреемнику). При правопреемстве происходит изменение субъекта (одной из сторон) правоотношения в форме его замены на другого субъекта, обладающего необходимым для участия в правоотношении объемом правоспособности, что влечет за собой изменение (но не прекращение) всего правоотношения.

Правопреемство нецелесообразно рассматривать только лишь как единое явление в целом. Дело в том, что оно несет в себе огромный объем информации о «жизни» правоотношения. В целях дальнейшего изучения явления необходимо провести его классификацию по различным видам. Поэтому, по-видимому, в теории права необходимо выделить несколько критериев для классификации явления правопреемства по видам.

Во-первых, в зависимости от количества правоотношений, в которых заменяется субъект, при правопреемстве выделяются сингулярное правопреемство и универсальное правопреемство. В первом случае субъект заменяется в одном или в нескольких правоотношениях на основании одного юридического факта или состава юридических фактов. Во втором случае - субъект заменяется во всех правоотношениях, в которых участвует, на основании одного юридического факта или состава юридических фактов.

Во-вторых, в зависимости от наличия воли субъекта на изменение правоотношения путем замены этого субъекта целесообразно выделять волевое преемство и правопреемство в отсутствие воли праводателя («принудительное» правопреемство). По этому критерию может быть выделено правопреемство, происходящее на основании воли правопродшественника, а также правопреемство, происходящее в отсутствие воли правопродшественника, которое можно разделить на «принудительное» правопреемство и правопреемство, происходящее на основании события, которое не связано с волей участников правоотношения. Как мы видим, эта классификация основана на критерии вида юридического факта, являющегося основанием для правопреемства.

В-третьих, в зависимости от вида субъекта-правопродшественника, участвовавшего в правоотношении, существует целесообразность выделения правопреемства индивидуальных субъектов правоотношений и правопреемства коллективных субъектов правоотношений.

Здесь необходимо отметить, что в теории права существует спор о выделении видов субъектов права. Различные авторы предлагают раз-

ное количество видов субъектов права и, соответственно, субъектов правоотношения. Однако нам представляется наиболее обоснованной точка, которая заключается в том, что все субъекты права и правоотношения должны быть разделены на два вида: индивидуальные субъекты правоотношений и коллективные субъекты правоотношений. Все иные классификации в любом случае сводятся к индивидуальным и коллективным субъектам правоотношений.

Разница в правопреемстве индивидуальных и коллективных субъектов правоотношения заключается в том, что индивидуальные субъекты в правоотношении могут изменяться не только на основании своей воли (например заключение договора цессии), но и принуждения (например принудительный выкуп имущества) и такого события, как смерть индивидуального субъекта правоотношения. Причем на основании события может происходить только универсальное правопреемство индивидуального субъекта, которое происходит в порядке наследования. Сингулярное же правопреемство индивидуальных субъектов правоотношения может происходить только на основе воли субъекта, либо же на основании принуждения, т.е. на основании какого-либо юридического акта. Правопреемство коллективных субъектов права не может происходить на основании события, так как коллективные субъекты правоотношений есть относительно устойчивые объединения людей, характеризующиеся определенной степенью единства воли и цели, а также определенной внутренней организацией.

Среди подвидов универсального правопреемства коллективных субъектов права целесообразно выделить такие механизмы, как слияние, присоединение, разделение, выделение и преобразование. Указанные механизмы существуют в гражданском праве, однако и в иных отраслях права необходимо руководствоваться ими же.

Если же рассматривать вопрос с точки зрения соотношения видов правопреемства в теории права, то необходимо отметить, что волевое и принудительное правопреемство может быть как сингулярным, так и универсальным, а кроме того, все указанные виды правопреемства могут происходить как в отношении индивидуальных, так и в отношении коллективных субъектов правоотношений. Все зависит от цели и отрасли права, в которой происходит замена субъекта в каждом конкретном правоотношении.

**ЗНАЧЕНИЕ ПОНЯТИЙ «ПРАВОВОЕ
ГОСУДАРСТВО» И ЕГО «ПРИЗНАКОВ»
ДЛЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКИ**

1. Статья 1 Конституции РФ гласит: «Российская Федерация – Россия есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления». Если федеративное устройство определяется гл. 3, республиканская форма правления – главами 3–6 Конституции РФ, о демократическом характере можно судить по конституционному закреплению народовластия (статьи 3, 10, 32), приоритета прав личности, судебной защиты прав личности (статьи 2, 17, 18, 21–27, 45–55, 61), многообразия форм собственности, защиты свободы экономической деятельности и частной собственности (статьи 8, 34, 35, 36, 37, 55), идеологического многообразия, свободы слова и мнения, запрета дискриминации (статьи 13, 14, 19, 28–30 Конституции РФ) и развития этих положений в отраслевом законодательстве, то легального определения правового государства и его содержательной характеристики в законодательстве нет.

В теории права нет общепризнанной совокупности признаков правового государства. Относительное единство есть в отношении пяти-шести идей, но в их содержание вкладывается разный смысл. Так, в различении права и закона, в требованиях правового закона заметны политические пристрастия. Сторонники существующей государственной власти и правовой системы делают акцент на законности, их критики противопоставляют право действующему законодательству. Многообразие республиканских форм правления государств мира не позволяет говорить о наличии действительно существующего эталона принципа разделения властей, который должны воплотить в своих системах органов власти все государства, провозгласившие себя правовыми.

Чаще всего говорится о том, что указание о правовом государстве должно показать идеал, к которому стремится Россия. Но ст. 1 Конституции РФ сформулирована в настоящем времени. Это обязывает соотносить явления правовой жизни с этим идеалом, и всё несоответствующее ему признавать судами незаконным и подлежащем отмене. Однако невозможно соотносить действительное с ясно неопределенным даже в теории идеалом, не имеющим легального определения.

Таким образом, в силу своей неопределенности, высокой степени абстрактности и субъективности представлений об идеале понятие «правового государства» не может быть критерием законодательства и правоприменительных решений, а потому не имеет практического значения.

2. Однако многие идеи (или принципы), называемые как признаки правового государства, практическое значение имеют, поскольку имеют содержательную характеристику.

Так, принцип разделения властей, конкретизируемый в статьях 10 и 11 Конституции РФ и далее в отдельных законах, имеет конкретное содержание, которое может изменяться законодателем, но в силу названных статей Конституции не до такой степени, что государственная власть сосредоточится в одном органе, а остальные упразднятся.

Принцип приоритета прав личности, закрепленный в статьях 2 и 18 Конституции РФ, позволяет при решении конкретных дел, противоречий ценностей и конкуренции правовых норм сформулировать ясные правовые позиции для решения конфликтов прав личности и интересов государства. Например: «цели одной рациональной организации деятельности органов власти не могут служить основанием для ограничения прав и свобод» (п. 4 мотивировочной части постановления Конституционного Суда РФ от 13 июля 2010 г. №15-П).

Рожденные политико-правовой мыслью идеи (или принципы) имеют практическое значение, но не потому, что они действительно являются признаками такого неведомого явления, как «правовое государство», или включены учеными в понятие «правовое государство», а потому, что имеют конкретное содержание, позволяющее обратить идею на построение механизма государства и правовой системы, служащих не частным интересам обладателей власти, а интересам общества, ограничивающего свободу личности только публичными интересами, а не субъективными представлениями обладателей власти о должном порядке. Следовательно, практическое значение правовых принципов (идей) повышается конкретизацией их содержания до степени, позволяющей использовать их в качестве ясно определенных критериев законодательных и правоприменительных решений.

3. В качестве примера можно обратиться к принципу взаимной ответственности государства и личности, который почти всегда связывается с понятием правового государства.

В понятие взаимной ответственности государства и личности вкладывается разный смысл, поскольку каждое слово в его названии употребляется неоднозначно. Различия в определении понятия государства приводят к разному пониманию последнего как субъекта ответственности. Известны разные виды социальной ответственности, отмечают ее разные аспекты (позитивная и негативная). Слово «взаимная»

обязывает к сравнительному исследованию ответственности государства и личности.

Распространенным является акцент на взаимные права и обязанности личности и государства, подчеркивание позитивной ответственности. Заметно, что при этом авторы удовлетворяются закреплением в материальном праве гуманистического баланса прав и обязанностей личности и государства и останавливаются перед проблемами обеспечения правомерности государственной деятельности, борьбы с правонарушениями власти.

Если обращать внимание не столько на то, как должны быть определены взаимные обязанности государства и личности, сколько на обеспечение исполнения уже установленных законом обязанностей и запретов, на достижение правомерности государственной деятельности, то необходим специальный юридический инструмент – юридическая ответственность в традиционном (или «узком») значении, как реакция на нарушение закона в равной мере личностью и государственным аппаратом.

Отсюда следует понимание принципа взаимной ответственности государства и личности как единства требований в установлении оснований (составов правонарушений), пределов, принципов, целей, функций юридической ответственности личности и органов публичной власти и их должностных лиц. Устранение обнаруженных материально-правовых различий, а также различий в механизме юридической ответственности личности и государства, а именно в обеспечении санкциями правовых предписаний, обращенных к личности и органам публичной власти, в установлении порядка их применения и исполнения и в наличии средств защиты от нарушения такого порядка – ясные направления реализации названного принципа.

В.П. Реутов

Пермский государственный университет

ФУНКЦИОНАЛЬНАЯ ПРИРОДА СИСТЕМЫ ФОРМ ПРАВА

В современных научных исследованиях форм права достаточно широко используется понятие системы. Однако чаще всего авторы ограничиваются классификацией форм. Но классификация не подменяет системного подхода. Она предоставляет собой лишь начальный этап исследования.

© Реутов В.П., 2010

Специалисты в области системного анализа среди многочисленных связей между элементами систем и внешними по отношению к системе явлениями выделяют так называемые системообразующие связи. Именно они определяют структуру системы, существование и взаимодействие элементов.

Естественно предположить, что и в системе форм права решающую роль при построении ее структуры играют функциональные связи. Функцией форм права в правовой системе является выражение во вне содержания правовых предписаний, признаваемых общеобязательными государством. Эта функция определяет существование нормативных актов, прецедентов, судебной практики, обычаев и некоторых других форм выражения содержания правовых норм. Все они так или иначе связаны с правотворческой деятельностью государства. Государство либо непосредственно создает нормы в форме нормативных актов и различных видов форм судебного правотворчества, либо санкционирует формы, созданные деятельностью социальных институтов (обычай, корпоративные нормы, юридические доктрины, нравственные нормы).

При этом различные формы права имеют специфические функции. Те формы, которые непосредственно создаются государством, содержат основы правовой системы, закрепляют ее сущность и основное содержание. В континентальной семье правовых систем – это нормативные акты. В семье общего права – нормативные акты и прецеденты. Соответственно обычаи, судебная практика и некоторые другие формы в континентальных странах, обычаи, правовая доктрина в странах с англосаксонской системы выполняют функцию конкретизации, дополнения и развития положений, содержащихся в нормативных актах и прецедентах.

Следовательно, можно считать, что система форм права состоит из двух подсистем: подсистемы форм, создаваемых государством, и подсистемы форм, являющихся итогом, результатом санкционирования, признания их со стороны государства. Они отличаются, как уже сказано, функциональной характеристикой.

Принципиальное отличие двух указанных разновидностей форм права давно отмечено исследователями. Из зарубежных авторов необходимо назвать Р. Кросса, из российских – Н.Н. Вопленко, который называет эти разновидности традиционными и нетрадиционными. Хотя правильнее было бы называть их первичными и вторичными.

Разумеется, между этими видами форм существует тесное взаимодействие, приводящее к тому, что соотношение между ними со временем меняется. В Европе при возникновении права в Древнем Риме и в феодальное время первоначальной формой был повсеместно обычай.

Именно обычаи содержали основные и основополагающие нормы. И только затем на первое место выдвигается нормативный акт, а в Англии – еще и прецедент. Обычай переходит в ранг вторичных. Что касается других форм, то они продолжают оставаться вторичными.

Разумеется, конкретные страны отличаются особенностями функциональной характеристики форм права. Но нельзя, например, не учитывать, что судебная и иная юрисдикционная практика и в России, и в других странах Континентом Европы всегда носила и носит характер конкретизирующей формы права.

В Великобритании, напротив, главенствующая роль в системе форм права принадлежала и принадлежит прецеденту. А нормативные акты, изначально играя второстепенную роль, как отмечает М.Н. Марченко в своем капитальном труде «Источники права», только на сегодняшний день выступают наряду с прецедентом в качестве одной из основных форм права.

К.П. Рудаков

Пермский государственный университет

ИСТОЧНИКИ ПРАВА В НЕОКАНТИАНСКОМ УЧЕНИИ РУДОЛЬФА ШТАММЛЕРА

Традиционно проблемы источников права, его образования привлекают к себе повышенное внимание исследователей-теоретиков.

В юридической литературе, говоря об источниках права, по сложившейся традиции чаще всего имеют в виду внешние способы закрепления и выражения правовых норм. Кроме того, и это особенно заметно в последнее время, под источниками права также понимают те силы, которые творят право: общественные отношения, субъекты правотворчества, их деятельность, иные источники.

Попытка раскрыть понимание источников права предпринята в конце XIX – начале XX вв. немецким философом и правоведом Рудольфом Штаммлером.

Штаммлер в рамках философского направления неокантианства, представленного в Германии Марбургской школой, разработал собственную концепцию права. Для него право – это естественное право с меняющимся содержанием. При этом следует иметь в виду, что для

Штамллера меняющееся содержание – это не изменение фактического содержания права, а формальные характеристики права.

Штаммлер, как представитель естественно-правовой школы права, разделяет понимание естественного права как извне преданного человеку права, которое как выражение объективных ценностей и требований человеческого бытия является единственным и безусловным первоисточником правового смысла и абсолютным критерием правового характера всех человеческих установлений, включая позитивное право и государство.

Источниками права, по мнению Штамллера, являются, по сути, само право, его принципы. Право, пишет он, «прежде всего само себя определяет. Оно решает, как, в силу каких факторов и каким способом должно возникать новое право».

Штаммлер при определении источников права вступает в полемику с представителями марксизма и выдвигает совершенно противоположное взглядам теоретиков марксизма утверждение о соотношении права и экономики. Штаммлер не признает утверждения марксистов о том, что в конечном счете первична экономика, а право и политические учреждения вторичны по отношению к ней, являются подчиненными образованиями. Штаммлер утверждал о том, что, наоборот, право является первичным по отношению к экономике, обществу и государству. Он пишет о том, что нормы права возникают и действуют независимо от наличия или отсутствия государства.

Исходя из понимания права как первоосновы, творящей саму себя, Штаммлер в указанном выше определении естественного права с меняющимся содержанием указывает на обращение к источникам (создателям) только материального права. Причем, по мысли Штамллера, такими источниками могут быть не только государство (как указывал в своих работах Р.Иеринг, критику в отношении которого излагает Штаммлер), но и иные источники. Штаммлер пишет о том, что «сюда относятся все насильственные действия, вроде возмущений и завоеваний, государственных переворотов и революций, и все родственные этому явления. Сюда же относятся и первоначальные, не охватываемые существовавшим раньше правом договоры, как, например, те, которые положили начало Германской империи и создали новую государственную власть, стоящую выше до тех пор существовавших». Кроме того, есть возможность возникновения правовых положений в рамках отдельных правовых организаций. Возникновение таких правовых норм обусловлено фактами, которые существующим правом не признаются источниками права или являются, с его точки зрения, недопустимыми или подлежащими ограничению. Это особенно четко наблюдается при

возникновении обычного права, образование которого встречается «несочувственно» существующим правопорядком, но которое все же часто обнаруживает свое влияние.

Штаммлер также указывает, что источником права может быть правонарушение либо договор. Он прямо пишет, что «фактически право возникало из правонарушения, а также из первоначального соглашения, как в Версальском договоре».

Что касается рассмотрения права с точки зрения его формы (источник права в формальном смысле), то этот вопрос Штаммлер не считает относящимся к вопросам философии права и затрагивает его не очень подробно. Он пишет о том, что «относящееся к источникам права учение представляет только учение технической юриспруденции и в целом своем изложении зиждется на особом содержании отдельных правовых порядков».

Штаммлер анализирует соотношение закона и обычая, иерархию между ними, сравнивая подходы к этому вопросу, изложенные в концепции Р.Иеринга и теории исторической школы права.

Проанализировав указанные концепции, Штаммлер делает вывод о том, что они противоречат выведенному им положению о том, что не может существовать ни одного правового правила, которое бы по своему положительному содержанию являлось бы безусловно твердым.

Даже предписание определенного положительного права признавать или отвергать известный обычай, касающийся правовых вопросов, обозначает с необходимостью материально обусловленное правило, и его особенное содержание, совершенно не позволяющее сказать, что в нем обладает абсолютным действием. При этом он рассматривает случаи, когда закон, запрещающий какой-либо обычай, может не иметь реального действия. Однако, делает вывод Штаммлер, это не означает, что такой воспретительный закон не имеет юридической силы. В данном случае можно говорить о возникновении нового «права» в обход существующего закона.

Анализируя далее соотношение закона и обычая, Штаммлер делает вывод о том, что ввиду особых социальных условий страны и народа обычай, противоречащий действующему закону, может иметь превалирующее значение, однако это должно являться предметом внимательного исследования с применением формального метода.

ВИНА КАК ОСНОВАНИЕ ЮРИДИЧЕСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ОРГАНИЗАЦИЙ

В литературе неоднократно утверждалось, что ответственность организаций строится на основаниях, отличных от оснований ответственности физических лиц. В частности, существует мнение, согласно которому категория вины в качестве основания юридической ответственности вообще неприменима к организациям или применима, но с такими существенными оговорками, которые сводят на нет принцип вины в его классическом понимании.

Еще 50-е – 60-е гг. XX в. ряд авторов выступал с предложением вообще отказаться от применения принципа вины к организациям. Такая идея в более или менее последовательной форме высказана в работах Л.И. Картужанского, И.Ф. Скороходова, В.И. Можейко, Л.М. Шора; главным мотивом названных авторов было стремление повысить эффективность ответственности, укрепить договорную дисциплину. Такого рода предложения в советское время были подвергнуты жесткой критике сторонниками традиционного понимания вины; вместе с тем в новых условиях хозяйственного оборота, наступивших с переходом к рыночной экономике, аналогичные аргументы стали решающим фактором для установления принципа строгой ответственности в отношениях, связанных с предпринимательской деятельностью. Вместе с тем необходимо отметить, что закрепление принципа безвиновной ответственности в п. 3 ст. 401 ГК РФ связано не с особенностями применения ответственности к коллективным субъектам – юридическим лицам, а с особенностями предпринимательской деятельности как таковой – независимо от того, кто ее осуществляет, организация или индивидуальный предприниматель. Предпринимательская деятельность – деятельность, связанная с повышенным риском; законодатель поэтому вполне логично предполагает, что риск должен быть возложен на того, кто извлекает плоды и доходы от такой деятельности, т.е. на самого предпринимателя, закрепляя повышенную ответственность его перед контрагентами.

В науке административного права идея безвиновной ответственности организаций имеет немало сторонников, а до принятия действующего Кодекса об административных правонарушениях РФ была в некоторых случаях закреплена в законодательстве. Так, ст. 230 Таможен-

ного кодекса РФ от 18 июня 1993 г. определяла нарушение таможенных правил как противоправное действие или бездействие (без указания на его виновность). При этом ст. 231 того же документа уточняла, что физические и должностные лица несут ответственность за нарушение таможенных правил, если они совершили противоправное действие или бездействие умышленно или по неосторожности. В отношении же предприятий, учреждений и организаций было сказано, что они несут ответственность за нарушение таможенных правил за исключением случаев, когда правонарушение произошло вследствие действия непреодолимой силы, т.е. независимо от вины. Ответственность вне зависимости от вины для предприятий устанавливалась также Законом РФ «О применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением» 18 июня 1993 г. № 5215-1 (ст. 7) и в некоторых других законодательных актах 90-х гг. Примечательно, что положения Таможенного кодекса, устанавливающие административную ответственность организаций без вины, были предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ. В Постановлении №7-П от 27 апреля 2001 г. Конституционный Суд отметил, что в соответствии со ст. 54 (ч. 2) Конституции Российской Федерации «юридическая ответственность может наступать только за те деяния, которые законом, действующим на момент их совершения, признаются правонарушениями. Наличие состава правонарушения является, таким образом, необходимым основанием для всех видов юридической ответственности... К основаниям ответственности, исходя из общего понятия состава правонарушения, относится и вина, если в самом законе прямо и недвусмысленно не установлено иное». В то же время оспариваемые нормы были признаны соответствующими Конституции РФ, поскольку, по мнению большинства судей, они не исключают возможность для данных субъектов таможенных отношений должным образом подтвердить, что нарушение таможенных правил вызвано чрезвычайными, объективно непредотвратимыми обстоятельствами. Мотивировка решения сводилась к тому, что при перемещении товаров осуществляется предпринимательская деятельность, т.е. деятельность профессиональная, рискованная, поэтому риск негативных последствий от такой деятельности предприниматель должен нести сам. Тем самым на сферу административной ответственности были распространены нормы гражданского права без учета специфики данных отраслей как сфер преимущественно публичного и частного права. Полагаем, что с таким подходом нельзя согласиться. Как верно отметил в своем особом мнении по данному делу судья А.Л. Кононов, «...выводы Конституционного Суда противоречат аргументам, содержащимся в мотивировочной части... Конституци-

онный Суд, очевидно, исходил при этом из ошибочной аналогии с гражданско-правовыми отношениями, недопустимо смешивая риск предпринимательской деятельности с бременем объективного вменения, частноправовые принципы правосоставительного характера - с применением штрафных санкций за публичные правонарушения». Следует поэтому поддержать подход законодателя, который при принятии Кодекса об административных правонарушениях РФ от 30 декабря 2001 г. отменил спорные нормы Таможенного кодекса и прочих законов, устанавливающие исключительный порядок ответственности организаций, и установил, что вина является необходимым условием ответственности как физических, так и юридических лиц (статьи 1.5, 2.1). Вместе с тем зачастую на практике при рассмотрении некоторых категорий административных дел (особенно в сфере таможенного законодательства, валютного контроля, антимонопольного законодательства) сохраняется подход, согласно которому проблема установления вины трансформируется в проблему установления факта правонарушения, однако это уже вопрос совершенствования правоприменительной практики.

Сторонники закрепления уголовной ответственности организаций также в ряде случаев выступают против применения принципа вины к юридическим лицам. Такой подход развивает, к примеру, Б.В. Волженкин, который предложил разграничить понятия «субъект преступления» и «субъект уголовной ответственности». По его мнению, преступление как общественно опасное противоправное виновное деяние может совершить лишь физическое лицо, обладающее сознанием и волей. Именно такое деяние, содержащее признаки состава преступления, служит основанием уголовной ответственности. А вот нести уголовную ответственность за такие деяния могут не только физические, но и, при определенных условиях, юридические лица. Автор предлагает определить следующие условия уголовной ответственности юридического лица: преступное деяние совершено с ведома юридического лица (его органа управления); в пользу и в интересах юридического лица; гражданином, имеющим полномочия действовать от имени юридического лица. Б.В. Волженкин особо подчеркивает, что, говоря об условиях ответственности юридического лица, не следует пользоваться терминами «вина», «виновность», имеющими психологическое содержание, не применимыми к организациям. Сторонники такого подхода ссылаются на опыт некоторых стран (Австрия, Албания, Испания, Латвия, Мексика, Перу), где юридическое лицо формально не признается субъектом преступления, но к нему тем не менее могут применяться различ-

ные уголовные санкции (чаще всего это специальная конфискация), которые несут, по существу, уголовно-процессуальный характер.

Полагаем, что идея внедрения в право безвиновной ответственности для организаций, в том числе в виде процессуальных санкций, является неправомерной и не может быть принята с учетом следующих обстоятельств. Во-первых, в области гражданского права, где в общем-то допускается ответственность без вины, любые попытки разграничить субъективные или иные основания ответственности организаций и физических лиц будут противоречить принципу равенства субъектов, закрепленному ст. 1 Гражданского кодекса РФ. Названный принцип означает, в частности, что ко всем участникам гражданских правоотношений нужно подходить с одинаковой меркой и одинаковыми требованиями, в первую очередь, в таком принципиальном вопросе, как ответственность. Во-вторых, в сфере карательной ответственности введение ответственности без вины, пусть и для такого круга субъектов, как организации – юридические лица, неминуемо будет противоречить общему пониманию и природе такой ответственности. Карательная (уголовная, административная) ответственность предполагает осуждение поведения нарушителя как антисоциального, выражение отрицательного отношения к такому поведению со стороны государства. Меры карательной ответственности по своему могут возлагаться лишь на виновное лицо. Таким образом, следует признать, что ответственность организаций должна строиться на тех же основаниях, что и ответственность граждан. В случае если закон прямо не предусматривает возложение мер ответственности без вины причинителя вреда (в гражданском праве), необходимым условием ответственности организация является ее вина.

А.Н. Смертин

Санкт-Петербургский университет ГПС МЧС России

РАДИКАЛЬНЫЕ ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫЕ ПРОЕКТЫ ПЕРЕУСТРОЙСТВА ОБЩЕСТВА В НАЧАЛЕ XX ВЕКА В РОССИИ

До сих пор в России распространено достаточно упрощенное представление о том, что экономические блага надо отнять и поделить, что существующая система распределения материальных благ неспра-

© Смертин А.Н., 2010

ведлива. Хотя в принципе создать систему, устраивающую всех или даже хотя бы преобладающее большинство, вряд ли возможно, поскольку потребности человека неограниченны, а возможности имеют предел даже в самых развитых экономически странах.

Вместе с тем устарело, по мнению автора, мнение, что «разность экономических интересов всегда порождает самую непримиримую классовую ненависть, которая редко выливается в мирные соглашения, но зато часто доходит до насилия и революций»¹. Тезис о неизбежности совершения социалистической революции восставшим рабочим классом теперь явно кажется необоснованным.

Существует в радикальных учениях и абсолютизация начала борьбы и отрицания существующего государственного строя. Маргинальные слои, неустроенные в рамках рыночной экономики, пенсионеры, сложно ищущие себя и свое место в жизни молодые люди, составляют социальную базу для воплощения радикальных идей, в первую очередь электорат для радикальных политиков.

Хотя недостатки рыночной экономики проявляются наглядно в современной России, для многих людей совесть и мораль заменили денежные знаки, капиталистический лозунг «обогащайся» понят многими как «обогащайся любой ценой», возможно, даже преступая закон. И во многих умах россиян возникает сомнение в справедливости узаконения «господства сильного над слабым, богатого над бедным, тунеядства капиталистов над выбившимся из сил рабочим»².

Л.А. Тихомиров в начале своего творческого пути подчеркивал: «Идеи могут, как созидать, так и разрушать. Революционное разрушение составляет веру, надежду, обязанность всякого доброго радикала»³. Кстати, затем он стал консерватором.

Революционеры предостерегали от «выжиганья дотла всего исторического поля», от искушения «идти напролом»⁴. Многие буржуазные деятели выступали против революции, против насильственных преобразований⁵.

Лучше конституция «сверху», чем революция «снизу», полагали либералы. Возникали границы между «сторонниками права, свободы и достоинства личности, культуры, мирного политического развития, основанного на взаимном уважении, чувстве ответственности перед родной как великим целым, с одной стороны, и сторонниками насилия, произвола, разнуздания классового эгоизма, захвата власти чернью, презрения к культуре, равнодушия к общенациональному благу – с другой»⁶.

Но политическая деятельность оставалась под запретом, а полицейские преследования, репрессивная политика, проводимая царем и правительством, поставили оппозицию в подполье, откуда она ответила насилием. Полиция осталась «между двух огней – между режимом, противившимся политическим переменам, и оппозицией, чьим единственным оружием была революция»⁷.

Социальная революция возможна в принципе. Ведь она может обуславливаться самыми различными причинами, не только экономическими. Как подчеркивал П.А.Кропоткин: «Революция, то есть периоды ускоренной эволюции, ускоренного развития и быстрых перемен, так же сообразны с природой человеческого общества, как и медленная постепенная эволюция...»⁸. Он полагал, что, достигнув своих целей, революция переходит в фазу медленного развития, эволюцию.

Но ведь революция предполагает резкий разрыв с прошлым, с традициями развития и чревата большими социальными и иными издержками. Предпочтительнее, по мнению автора, путь эволюционный. Путь мирный и ненасильственный.

Думается, что нет жесткой заданности революционных или эволюционных путей развития государства.

Так, П.Н.Ткачев призывал использовать историческую случайность, использовать заговоры: «Следует ли воздержаться от политики или нет, должно ли использоваться государство или лучше совершенно отказаться от его поддержки, нужно ли централизовать революционные силы под единым общим руководством или нет, не будет ли полезно вызвать местные революционные восстания, при какой организации сил можно рассчитывать на скорейшую победу революции, какие обстоятельства благоприятны для нее и какие неблагоприятны»⁹.

На первый взгляд, могут показаться прекрасными такие идеи последующего преобразования государства и общества П.Н.Ткачева, как постепенная передача орудий производства в общее пользование, в ведение общественных учреждений, которые устранили бы необходимость посредничества при обмене продуктов и заменили принцип «буржуазной справедливости», услугу за услугу, принципом братской любви и солидарности, постепенного устранения физического, умственного и неравенства между людьми, при посредстве обязательной системы общественного для всех одинакового интересного воспитания в духе любви, равенства, братства, в развитии общинного самоуправления и упразднения центральных функций государственной власти¹⁰.

Такой подход неизбежно приводит к унификации людей, стремлению воспитать одинаковых, преданных государству граждан, созданию репрессивных органов, выявляющих и уничтожающих недовольных и инакомыслящих. А следует ли стремиться к уравнению умного, работающего труженика и пьющего бездельника. Возможно ли возлюбить всех включая тех, кому не нравится данный общественно-государственный строй?

Стремление воплотить полную социальную справедливость практически приводит в результате к нежеланию работать, отсутствию стимулов, ведь все равно невозможно разбогатеть, а определенный минимум в любом случае гарантирован.

Симптоматично то, что социалистические партии России группировались в основном именно по принципу признания или отторжения леворадикальной политической стратегии, а не по тому, из какого источника они черпали свои социалистические убеждения

Анализируя исторический опыт, осмысляя политико-правовые концепции переустройства российского общества в начале XX в., отметим некоторые положения, которые актуальны, по мнению автора, и в настоящее время. Государство призвано гарантировать общественную безопасность и создавать условия для развития личности и общества. Стабильность государству обеспечивают: социальная приемлемость правовой политики, политического и экономического курса для большинства социума, достаточный уровень жизни, атмосфера психологического комфорта для большинства населения.

¹ Шелгунов Н.В. Воспоминания. М., 1923. С. 306.

² Нечаев С. Историко-революционная хрестоматия. М., 1923. Т. 1. С. 82.

³ Тихомиров Л.А. Критика демократии. М., 1997. С. 43.

⁴ Поликарпова Е.В. Российские фабианцы: политико-правовые идеи основателей народничества // Государство и право. 2005. №10, С. 93.

⁵ Муромцев С.А. Право и справедливость // Северный вестник. 1892. №2. Отд. 1. С. 258.

⁶ Франк С.Л. Нравственный водораздел в русской революции // Свободная мысль. 1992. №4. С. 63.

⁷ Уортман Р.С. Властители и судии: развитие правового сознания в императорской России. М. 2004. С. 26.

⁸ Кропоткин П.А. Великая французская революция 1789–1793 гг. М., 1919. С. 572.

⁹ Ткачев П.Н. Избранные сочинения на социально-реалистические темы: в 4 т. М., 1932. Т. 3. С. 97.

¹⁰ Ткачев П.Н. Избранные сочинения на социально-реалистические темы: в 4 т. М., 1932. Т. 3. С. 226.

А.И. Соковнина

Пермский государственный университет

ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА: ИСТОРИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ И РАЗВИТИЯ

Проблема соотношения экономики и права неоднократно становилась предметом многочисленных исследований российских и зарубежных ученых как юридического, так и экономического профиля.

Признание того, что правовые, политические, социальные, экономические процессы в любом обществе взаимосвязаны, привело к возникновению целого ряда научных направлений, в том числе к формированию экономической теории права («Law and economics»). Английский вариант наименования дисциплины – право и экономика – является не вполне точным. Правильнее говорить об экономике права, подчеркивая первичность экономических отношений в обществе. В последнее время экономику права часто называют самым успешным направлением развития теорий права второй половины XX в.

Целью данного исследования является изучение процесса формирования и развития экономики права, во многом определяющего современное состояние этой дисциплины.

Единого определения экономики права не существует, а те, которые приводятся в статьях и монографиях, различаются по своей широте и охвату. В самом общем значении экономическая теория права – это направление, которое изучает влияние правового механизма на хозяйственную жизнь общества, а также экономические принципы конструирования и применения правовых норм. Поскольку одной из важнейших проблем при этом признается вопрос об оптимальном распределении прав собственности, то данное направление часто называют экономической теорией прав собственности («property rights economics»), хотя по существу «экономика права» есть более широкое понятие, чем «экономика прав собственности».

Собственность трактуется как «пучок» (набор) прав, которые распределены в неодинаковых пропорциях между различными лицами. Именно английская традиция, рассматривающая право собственности

как совокупность частичных правомочий, становится в настоящее время доминирующей в экономической теории, хотя многие ее принципы и выводы вполне правомерны для любых правовых систем.

В истории экономики права можно выделить несколько этапов:

1. Первая волна экономики права, связанная с развитием в первой трети XX в. институционализма. Предметом анализа у институционалистов выступали сделки (как юридический и экономический феномен), способы совершенствования законодательства, взаимозависимость правовой и экономической систем, социальный контроль над рыночной экономикой.

Движение зародилось в среде экономистов, однако не получило поддержки в среде ученых-юристов, и к 30-м гг. XX в. уступило место социологии права и правовому реализму.

2. Вторая волна экономики права. Возрождение экономики права в 40-х гг. XX в. связано с появлением чикагской школы права и экономики под руководством известного экономиста, Аарона Директора. Его главная задача – привлечь внимание юристов к вопросам экономики. Директор начинает применять экономические методы анализа к правовым нормам, в частности к антимонопольному законодательству.

В 60–80-е гг. возник «новый» институционализм, развиваемый в работах Р. Коуза, О. Уильямсона, Т. Норта, М. Олсона и др.

Первыми исследованиями, заложившими современную экономическую теорию права, считаются подготовленные независимо друг от друга статья Гвидо Калабрези «Некоторые соображения относительно распределения риска и законодательства о неумышленном причинении ущерба» и статья Роналда Коуза «Проблема социальных издержек».

До появления указанных пионерных работ взаимодействие права и экономической теории ограничивалось изучением тех законов, которые явно регулировали экономические отношения: налоговое законодательство, регулирование деятельности корпораций и рынка ценных бумаг.

В основе концепции развития фирмы Р. Коуза лежит идея роли «транзакционных издержек» на проведение переговоров, осуществление надзора, устранение разногласий. Главная задача права, по мнению Коуза, – это спецификация прав собственности, т. е. четкое и прозрачное определение границ правомочий хозяйствующих субъектов и их защита. Правовая система призвана уменьшать транзакционные издержки, создавая тем самым условия для наиболее эффективного (с точки зрения общественной выгоды) распределения ресурсов в ходе добровольных соглашений между собственниками без участия государства.

Можно назвать еще одного исследователя, существенно расширившего сферу использования экономического подхода к изучению общественных явлений, – Гэри Беккера. Развиваемое им направление получило наименование «экономический империализм», поскольку его последователи активно «захватывали» такие традиционно неэкономические области анализа, как уголовное право, расовая дискриминация и т.д.

Экономическая теория права как научное направление получила целостное и систематическое выражение после выхода в свет в 1972 г. первого издания книги профессора права и действующего судьи Апелляционного суда 7-го округа США Ричарда Познера «Экономический анализ права». Применительно к экономическому анализу права Познер выделяет две основные предпосылки. Во-первых, люди, даже принимая «нерыночные» решения, например, выбирая скорость вождения автомобиля, проявляют рациональность и максимизируют свою выгоду от того или иного решения, учитывая связанные с таким выбором издержки. Во-вторых, нормы права устанавливают своего рода цены того или иного решения для человека. Изменение цен, таким образом, влияет на «количество» деятельности, которое индивид будет готов осуществить. Познер сформулировал условие, задающее направление исследований в области экономического анализа права: нормы общего права можно объяснить как намеренное или ненамеренное стремление к достижению эффективности. «Эффективность» рассматривается как второе, более общее значение «справедливости».

С середины 70-х гг. XX в. начинается активная критика чикагской школы права и экономики. Основным объектом критики стал принцип эффективности как основы для распределения имущественных прав. Критики отмечали, что право постоянно меняется, следовательно, то, что было эффективно вчера, сегодня уже не удовлетворяет изменившимся условиям. Если право развивается по направлению к достижению наибольшей эффективности, то чем объяснить существенные различия в правовых системах различных государств. Отмечалась субъективность самого понятия эффективности.

Этап критического осмысления неизбежен для любой теории. Сегодня в рамках данного направления конкурируют и взаимодействуют различные школы и подходы (чикагская школа, австрийская школа и др.), что позволило существенно расширить границы дисциплины.

Сегодня эта дисциплина изучается почти во всех юридических и экономических университетах США, а для Европы – сравнительно новый предмет, присутствующий далеко не во всех учебных планах профильных вузов, хотя популярность этого курса увеличивается.

Для российского высшего образования это также новый предмет, во многих юридических институтах до сих пор существует непонимание важности экономического подхода к праву.

Е.В. Старикова

Пермский государственный университет

К ВОПРОСУ О СООТНОШЕНИИ ПОНЯТИЙ «ПРАВОВОЙ» И «ЮРИДИЧЕСКИЙ» КОНФЛИКТ

В настоящее время наука не выработала четкого, ясного и общепризнанного определения понятия «конфликт». Существует множество определений понятия «конфликт», количество которых сложно сосчитать: наверное, в каждой научной дисциплине есть свое определение, отражающее основные направления, школы, подходы, точки зрения.

Обобщая все многообразие дефиниций конфликта, встречающихся в литературе, предложим такое его определение: конфликт – это противостояние общественных субъектов с целью реализации их противоречивых интересов, позиций, ценностей и взглядов.

Практически любой социальный конфликт может быть рассмотрен в сфере права, применительно к сложившемуся в данном обществе комплексу взглядов, идей, концепций, обычаев и традиций, касающихся правовых ценностей, правопонимания и представлений о должном правопорядке.

Социальные конфликты в сфере права можно разделить на юридические и неюридические, иначе – правовые конфликты. В случае если конфликт можно регулировать и/или разрешать в системе существующего правопорядка, то это – юридический конфликт. Если же нет – конфликт рассматривается с позиций возможного или желаемого правопорядка, т.е. правосознания его участников, то такой конфликт нельзя назвать юридическим, но это, несомненно, конфликт в сфере права, или правовой конфликт. Правовой конфликт – это, прежде всего, конфликт в правосознании.

За различием данных терминов кроется определенный смысл – некоторое неоднозначное толкование категории права, встречающееся в литературе. В «Юридической энциклопедии» под правом понимается совокупность обязательных, «формально определенных, установленных и обеспечиваемых силой государства норм регулирования поведения

людей и их коллективов». Очевидно, что такое определение категории права исключает различие терминов «юридический» и «правовой» конфликт. Однако многими учеными такое понимание критикуется и признается «узко-нормативным», обедняющим содержание права. Им «является не только то, что установлено или санкционировано официальными органами государства, но и то, что с объективной необходимостью вытекает из жизнедеятельности общества; право проявляется не только в форме официально-институционализованной его нормативности, но и во многих иных формах...».

Представляется, что правовой конфликт – это конфликт между людьми и (или) группами людей, вызванный формальной или содержательной несовместимостью их правовых взглядов, которые складываются из ценностных установок индивидов и вытекающих из них норм, призванных воздействовать на социальную реальность. Юридический конфликт, можно определить как противоборство субъектов права только по поводу норм действующего законодательства.

Юридический конфликт – это основной вид правового конфликта (но не единственный), равно как юридические принципы и нормы, на почве которых он возникает, не исчерпывают всей совокупности формальных и неформальных правовых норм, действующих в конкретном обществе.

Таким образом, понятие «правовой конфликт» по своему объему шире понятия «юридический конфликт». Любое юридическое явление (норма, факт) есть правовое, но не всякое правовое суть юридическое. Любой конфликт юридический – это конфликт правовой. Но не каждый правовой конфликт выражается и фиксируется в юридической форме.

Юридические конфликты протекают в сфере правовых отношений, т.е. таких общественных взаимоотношений, которые регулируются нормами права, определяющими меру возможного и должного поведения всех участников этих отношений. Юридические конфликты порождаются юридическими фактами – значимыми в правовом отношении событиями и действиями социальных субъектов, правомерными или неправомерными. Последствия юридических конфликтов также становятся юридическими фактами. Обязательным участником юридического конфликта является государство – социальный субъект, обладающий особым социальным статусом, ресурсами, возможностями и ролью в системе общественных отношений, устанавливающий нормы права.

Представляется, что взгляд на конфликт, раскрывающий его сущность через указание на связь с нормами действующего законодательства, пренебрегает глубинными предпосылками правового конфликта, мотивами и стимулами участия субъектов в конфликтном взаи-

модеивии. Право должно рассматриваться непосредственно исходящим из ценностной сферы духовного мира человека, где оно воплощается в оценках и нормах, воздействующих на реальность, а не как отчужденная от него структура, объективный факт действительности, социального пространства, высшей воли и т.п.

На сегодняшний день, трудов, специально посвященных изучению правового конфликта, в юридической литературе практически нет, хотя многие аспекты и вопросы, связанные с правовым конфликтом в той или иной степени, затрагиваются в работах специалистов из самых различных отраслей научного знания.

Рассмотрение правового конфликта предполагает обращение к антропологическому подходу в отличие от рассмотрения юридического конфликта, который определяется через связь с нормами действующего законодательства. Если юриспруденция исследует право как законодательство, т.е. как факт действительности, формирующий правосознание индивидов и воздействующий извне на их поступки, то антропология права исходит из ценностного мира субъектов, который представляет собой личностную компоненту права (оценочные и нормативные суждения) наряду с поведением людей, правоотношениями, воплощающими его объективную сторону. Правовые конфликты возникают тогда, когда нормативные системы (позитивное право, естественное право, мораль, обычаи, корпоративные нормы) начинают друг другу противоречить и «сталкиваются» между собой. Сущность правового конфликта определяется через основные понятия антропологии права – понятия «ценность» и «норма». Правовые конфликты возникают тогда, когда ценностные установки и основанные на них нормы различных индивидов, воплощаясь в действительность, приходят в противоречие между собой.

Правовой конфликт не обязательно связан с нарушением установленного государством правопорядка. По своему содержанию и формам проявления он не сводим к борьбе за противоправное изменение существующей правовой системы, основ государственного устройства. Конфликты подобного рода - лишь один из видов правового, одна из существующих форм борьбы субъектов правовых и политических отношений.

Наличие правовых конфликтов в обществе предопределяется несовместимостью ценностей основных общественных групп. Эта несовместимость может рассматриваться как противоречие между естественным и позитивным правом, как противоречие между позитивным правом и другими социальными нормами и как противоречие между тенденцией в праве быть формальным равенством и быть привилегией,

так как ценности основных типов личности воплощаются в естественном праве, в различных социальных нормах.

Таким образом, понятие «правовой конфликт» по своему объему шире понятия «юридический конфликт». Любое юридическое явление (норма, факт) есть правовое, но не всякое правовое суть юридическое. Любой конфликт юридический – это конфликт правовой. Но не каждый правовой конфликт выражается и фиксируется в юридической форме.

Ю.Г. Федотова

Курганский государственный университет

РАЗВИТИЕ ИНСТИТУТОВ ПАРЛАМЕНТСКОГО КОНТРОЛЯ И ПАРЛАМЕНТСКОГО РАССЛЕДОВАНИЯ В СОВЕТСКОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ

Если становление парламентаризма и парламентского контроля тесно связано с функционированием принципа разделения властей, установлением эффективного порядка формирования представительных органов и реализацией принципа многопартийности, то о существовании принципа разделения властей как предпосылки становления парламентского контроля и парламентского расследования в СССР можно говорить весьма условно. Тем не менее данное обстоятельство не позволяет утверждать об отсутствии институтов парламентского контроля и парламентского расследования, что подчеркивает общеправовой характер институтов. Юридическая наука советского периода, прежде всего наука государственного права, имеет значительные исследования, представляющие ценность для последующего развития науки конституционного права России.

Верховный Совет РСФСР согласно Конституции 1937 г. мог назначать, когда считал необходимым, следственные и ревизионные комиссии по любому вопросу¹. Конституция России 1978 г. устанавливала, что Верховный Совет РСФСР создаёт, когда сочтёт необходимым, следственные, ревизионные и иные комиссии по любому вопросу. Тем не менее, как считают ученые, «вплоть до начала 90-х годов серьёзного значения норма о возможности образования следственных комиссий не имела. Верховный Совет собирался на сессии на несколько дней в году и как орган государственной власти самостоятельной роли не играл»².

© Федотова Ю.Г., 2010

Анализируя развитие парламентского финансового контроля, М.В. Демидов отметил: «В советский период развития российского государства законодательные органы практически выполняли второстепенные функции»³.

О.Е. Кутафин, М.А. Шафир указывали, что «советы не ограничиваются только изданием нормативных актов, а непосредственно организуют исполнение принятых ими решений через своих депутатов и актив, а также направляют и эффективно контролируют деятельность исполнительных органов»⁴. О.Е. Кутафиным были проведены исследования работы постоянных комиссий Верховного Совета СССР. Ученый указал, что комиссии осуществляли контроль за деятельностью различных государственных органов по выполнению актов Верховного Совета СССР⁵. Можно сделать вывод о том, что контроль был направлен на проверку соответствия деятельности подотчетных субъектов государственным и общественным интересам. Во многих зарубежных государствах представительные органы могут проводить расследования по вопросам, представляющим государственный интерес, например в Италии⁶, Испании⁷.

В юридической литературе советского периода исследуется осуществление контрольных полномочий и местными представительными органами⁸. Элементы парламентских расследований присутствовали в деятельности представительных органов и постоянных комиссий. Полагаем, что необходимости детального законодательного закрепления процедуры не было в связи с довольно высоким авторитетом представительных органов и особенностями партийной системы. Рекомендации постоянных комиссий по результатам контрольных мероприятий подлежали обязательному рассмотрению государственными и общественными органами, учреждениями, организациями. О результатах рассмотрения или о принятых мерах необходимо было сообщать комиссиям в установленный срок. Большое внимание в работе комиссий уделялось контролю за соблюдением законов. Так, на совместном заседании комиссии законодательных предположений и комиссии по промышленности обсуждался вопрос о соблюдении законодательства, регулирующего режим экономики рабочего времени. Комиссия по сельскому хозяйству рассмотрела вопрос о реализации Земельного кодекса РСФСР в части использования осушенных земель. Комиссия по вопросам труда и быта женщин, охраны материнства и детства рассматривала вопрос о соблюдении законодательства по охране труда женщин и промышленности, строительстве и сельском хозяйстве Куйбышевской области. За 1977 г. постоянные комиссии ВС РСФСР провели свыше 20 заседаний и рассмотрели более 30 вопросов⁹.

Проблема реализации контрольной функции представительных органов была довольно актуальной в юридической науке советского периода. Учеными высказывались предложения по совершенствованию механизма реализации контрольных полномочий Советов. Так, С.А. Авакьян указывал на то, что правовое регулирование деятельности Советов должно было быть направлено на укрепление полномочий представительных органов¹⁰. В работе 1991 г. «Депутат: статус и деятельность» С.А. Авакьян рассматривал вопросы, связанные с возбуждением и порядком проведения депутатских расследований, реализацией прав депутатов, а также проблемы разграничения депутатских расследований и депутатских проверок, журналистских расследований, уголовного следствия. Ученый отмечал, что существенной проблемой являлась возможность игнорирования замечаний и предложений депутатов министрами¹¹.

¹ Парламентское право России: учеб. пособие / под ред. Т.Я. Хабриевой. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2003. с.330–331.

² Парламентское право России: учеб. пособие / под ред. И.М. Степанова, Т.Я. Хабриевой. М.: Юрист. 2000. С. 182–186; *Трошев Д.Б.* Парламентские расследования как форма контроля Федерального Собрания Российской Федерации за деятельностью федеральных органов государственной власти: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 15.

³ *Демидов М.В.* Парламентский финансовый контроль и факторы его действенности // Конституционное и муниципальное право. 2008. №11. с. 2–5.

⁴ *Кутафин О.Е., Шафир М.А.* В семье равных. М.: Советская Россия, 1973. с. 77–78.

⁵ *Кутафин О.Е.* Постоянные комиссии палат Верховного Совета СССР. М.: Юридическая литература, 1971. с. 8–13.

⁶ Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Европейский союз, Соедин. Штаты Америки, Япония, Индия: учеб. пособие // сост. сб., пер., авт. введ. и вступ. В.В. Маклаков. 5-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. с. 215.

⁷ Конституции зарубежных государств: учеб. пособие / сост. проф. В.В. Маклаков. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2003. с. 243.

⁸ *Кутафин О.Е., Шеремет К.Ф.* Компетенция местных Советов: учеб. пособие. 2-е изд. М.: Юридическая литература, 1986. С. 94–112; *Козлова Е.И.* Местные органы государственной власти в СССР. М.: Мысль, 1967. 56 с.

⁹ *Кутафин О.Е., Шафир М.А.*, Конституция РСФСР – основной закон жизни республики. М.: Советская Россия, 1980. С. 202–203.

¹⁰ *Авакьян С.А.* Правовое регулирование деятельности Советов (конституционные основы, теория, практика). М.: Изд-во Моск. ун-та, 1980. С. 159–161.

¹¹ *Авакьян С.А.* Депутат: статус и деятельность М.: Политиздат, 1991. С. 136–137.

СОЦИАЛЬНО-ПРОФЕССИОНАЛЬНЫЕ ОСОБЕННОСТИ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЮРИСТОВ (АСПЕКТ ЖИЗНЕДЕЯТЕЛЬНОСТИ)

Жизнедеятельность (ЖД) юриста – новое направление юридической психологии и, в нашем понимании, есть метасистемное образование, субъектное и объектное по источникам детерминации, реализуемое на стыке системы социально-профессиональных и жизненных условий и системы индивидуальности как результат их взаимодействия. По своим функциям ЖД в структуре интегральной индивидуальности (ИИ) рассматривается как способ существования и взаимодействия с социальной действительностью (и профессиональной средой). Способы, которые обеспечивают не только адаптацию к профессии, но ее преобразование и развитие ИИ. Многоплановое описание ЖД позволяет полно охарактеризовать феномен изменения индивидуальности юриста в определенных социально-профессиональных условиях. С этой целью для описания различных сторон жизнедеятельности мы применили «полисистемный» подход.

Жизнедеятельность юристов в «объект-субъектных» отношениях

Жизнедеятельность – взаимодействие «внешних» и «внутренних» систем, окружающего мира и индивидуальности, общества и отдельного человека, группы коллег и сотрудника. В данном случае представляется необходимым выявить составляющие ЖД юристов через изучение «общественного мнения», отношение общества к юристам, оценки деятельности юристов, взаимодействия с юристами. Это дает возможность изучить объективные требования деятельности, профессиональную среду юристов и, что особенно важно, особенности окружающего мира юристов как системы. Социальные и экономические изменения России повлекли изменения социальных институтов и личности граждан. В связи с чем полагаем необходимым включить в наше исследование социально-профессиональные составляющие жизнедеятельности юристов.

Результаты исследования

В исследовании приняли участие свыше 700 респондентов, представляющих в равной мере (по 11-12%) различные социальные группы: студенты, пенсионеры, рабочие предприятий, работники торговли (сфера услуг), служащие (специалисты) предприятий, работники культуры и образования, жители сельской местности (трудозанятая часть). Исследование проводилось по следующим направлениям:

- 1) оценка населением социальных институтов («степень положительного отношения»); отношение к органам внутренних дел (ОВД);
- 2) отношение к отдельным сотрудникам ОВД (дополнительная);
- 3) негативные явления в деятельности юристов ОВД;
- 4) проблемные явления в обществе (косвенно связанные с негативными явлениями в правоотношениях).

Анализ полученных результатов

1. Отмечается низкое доверие к милиции (положительное отношение только у 25% населения), в системе социальных институтов она занимает ведущее место (4-й ранг среди: радио, телевидение; церковь; суд, прокуратура; СМИ (пресса); городские органы власти; краевые органы власти; Законодательное собрание).

Такое противоречивое отношение к ОВД характеризует противоречивые требования общества к юристам. С одной стороны, общество признает важность, необходимость такого социального института, как ОВД, но с другой – парадоксальным образом, настороженно и недоверчиво, относится к сотрудникам ОВД (соответственно 49,9 и 12% населения).

2. Анализ данных отношения к отдельным сотрудникам ОВД свидетельствуют о различиях в оценках положительного и настороженного отношения респондентов к ОВД и к отдельным его представителям. Респонденты к организации и в требованиях к деятельности юристов дифференцируют их относительно функционирования как социального института и как отдельной личности. Например, рабочие предприятий, работники торговли (сфера услуг), служащие (специалисты), работники культуры и образования отмечают нарастание положительного отношения больше к отдельным сотрудникам ОВД, чем к этому социальному институту в целом, и одновременно снижение настороженного отношения к личности юристов ОВД, в отличие от настороженного отношения к ОВД как структуре государства. Другая социальная группа (студенты, пенсионеры, трудозанятая часть населения сельской местности) демонстрирует противоположные тенденции. Таким образом, пра-

вомочны дальнейшие исследования индивидуальных особенностей юристов.

3. Негативные явления в ОВД. При структурировании свободных высказываний респондентов и обобщении результатов возникла необходимость разделить ответы на часть непосредственно связанных с негативными явлениями в юридической деятельности ОВД и на отражающие рост проблемных явлений в обществе, но которые, по мнению респондентов, связаны с негативными явлениями в юридической деятельности (п. 4).

В свободных рассуждениях на заданную тему респонденты обсуждали обобщающие проблемные вопросы:

- система «общество» вырабатывает не только требования к деятельности юристов, но и условия их жизнедеятельности;
- противоречия внутри системы «общество» порождают негативные проявления в других, сопряженных с ней системах (в системе «индивидуальность» и «мир индивидуальности»);
- внутрисистемные противоречия инициируют разнообразные проявления – правосознания, ценностей, поведения, стилей и др.

Анализ негативных явлений в деятельности ОВД:

- низкая культура общения юристов с населением, общение без учета индивидуальных особенностей граждан;
- равнодушие и безразличие к нуждам людей, обратившихся за помощью;
- низкий профессионализм (связанный с недостаточным уровнем первоначальной профессиональной подготовки и слабой организацией переподготовки и усовершенствования);
- использование служебного положения, как проявление, например, авторитаризма наделенных властными полномочиями юристов.

4. Характеристики проблемных изменений в обществе, связанных, по мнению респондентов, с негативными явлениями в юридической деятельности.

В общественном сознании изменения ценностей граждан связаны с социальными проблемами и их влиянием на искажение правосознания. Констатируем, что на первом месте стоит материальное благополучие, которое обеспечивается трудом (у юристов высококвалифицированным и, следовательно, доходным, а у основной части выборки – стабильным доходом в труде) – в такой последовательности, а не наоборот. Именно такая последовательность формирует, по мнению

респондентов, отношения к профессиональным обязанностям как к «доходному месту», а не как служение во имя и во благо человека (как предусматривает профессия «человек-человек»). Аналогичную проблему в исследованиях профессиональной идентичности формулирует Е.П. Ермолаева (1998, 2001), обозначая ее «профессиональным маргинализмом».

Раздел «Нарастающие социальные проблемы» включает характеристики внутреннего состояния системы «общество». В выборке граждан проблемные явления в обществе (косвенно влияющие на негативные явления в правоотношениях) большую обеспокоенность вызывают социальное неравенство (81,3%), низкий уровень жизни (57,9%), снижение уровня культуры и морали (44,9%), опасение за личную безопасность (рост преступности отметили 43,2%). Оставшиеся показатели вызывают беспокойство (тревогу) у меньшего количества граждан: безнаказанность (33,6%), культ силы в отношениях людей (28,7%), нестабильность общественного развития (27,1%), неуважение закона (24,3%). С нашей точки зрения, мнение меньшего количества граждан характеризует индифферентное отношение населения к проблемам правоотношений в обществе или, как принято в наше время именовать, «правовой нигилизм» (не у всех, но у многих).

В группе юристов процент выраженности обеспокоенности «нарастающими социальными проблемами» по сравнению с оценками респондентов-граждан значительно больший. Однако есть и существенные различия: безнаказанность отмечают 67,7 % юристов. Удивительно, что тревогу по поводу этой проблемы высказывают в большей степени юристы. Большое различие во мнениях респондентов не может не сказаться на взаимоотношениях граждан и юристов как «субъект-объектных» взаимоотношений: неуважение, настороженность, безразличие и др.

Кроме того, обратим внимание на то, что в целом указанные особенности и различия в оценках граждан и юристов влияют не только на правоотношения, но и на готовность совершать действия, регулируемые правом (просоциальные, асоциальные или антисоциальные). В данном случае речь идет о своего рода потенциальной готовности к нормативному поведению: только треть граждан готовы к законопослушному поведению (34,7 % опрошенных), в то же время юристы отмечают большую готовность к правопослушной жизни (39,8%). Отмеченное ранее индифферентное отношение к закону не безразлично для обеспечения безопасности общества, так как две трети опрошенных считают

вполне вероятной жизнь в условиях нарушения закона. Исследования А.Н Занковского (1996) подтверждают скрытое несоответствие между моральными требованиями и реальным поведением. Как бы то ни было выявленные тенденции в «потенциальности нормативной жизнедеятельности» у юристов более высокие.

Резюме:

- противоречивое отношение к юристам характеризует противоречивые требования общества к организации и результатам юридической деятельности;

- респонденты в организации и требованиях к деятельности юристов дифференцируют их отдельно к функционированию социального института и отдельной личности. Правомочны дальнейшие исследования индивидуальных особенностей юристов;

- выявленные в оценках респондентов негативные явления в деятельности ОВД включают компоненты, относящиеся как к предметной деятельности, так и субъект-субъектным отношениям юристов, а также к субъект-объектным взаимодействиям и изменениям личности как сущности изучаемого нами феномена жизнедеятельности юристов.

II. КОНСТИТУЦИОННОЕ, МУНИЦИПАЛЬНОЕ, АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

А.Б. Афанасьев

Пермский государственный университет

О НЕКОТОРЫХ ОСОБЕННОСТЯХ ПРАВОВОГО СТАТУСА АГЕНТСТВА ПО СТРАХОВАНИЮ ВКЛАДОВ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Одной из приоритетных конституционных задач любого правового государства, всерьез озабоченного реальной защитой прав и законных экономических интересов своих граждан и обеспечением социального спокойствия в обществе, является наличие системы гарантирования вкладов граждан. Действия по размещению средств в банковских вкладах, осуществляемые гражданином в личных интересах, имеют публичное значение, поскольку сбережения населения являются устойчивым источником ресурсной базы, необходимой для инвестиций и долгосрочного кредитования. Отсюда вытекает необходимость повышения доверия граждан не только к кредитной системе России, но и к тем усилиям органов публичной власти, которые могли бы способствовать повышению такого доверия. В этой связи законодательство должно иметь надлежащие правовые механизмы, направленные на обеспечение возврата вкладов физических лиц, которые являются наиболее слабой стороной в правоотношениях с кредитными организациями.

По состоянию на 23.03.2010 г. участниками системы страхования вкладов являются 923 банка (большинство от общего количества зарегистрированных банков).

Закон о страховании вкладов последовательно преследует своей целью сочетание публичных и частных интересов в регулировании указанных правоотношений: из трех названных в законе целей две следует отнести к публичным – укрепление доверия к банковской системе РФ и стимулирование привлечения сбережений населения в банковскую систему РФ. В то же время среди целей создания системы обязательного страхования вкладов выделяется и защита прав и законных интересов

вкладчиков банков РФ, преследующая сугубо частные интересы вкладчиков.

Между тем в литературе высказываются мнения, что система страхования вкладов является публично-правовой системой как по своим целям, так и по ряду средств достижения этих целей.

Следует отметить, что только в результате взвешенного сочетания публичного и частного интересов в регулировании банковской деятельности можно достичь наибольшего положительного эффекта. Защита интересов конкретного вкладчика невозможна без создания комплекса мер, направленных на стабильность всей банковской системы. Думается, что Закон о страховании вкладов в полной мере соответствует данному тезису.

В соответствии со ст.4 Закона о страховании вкладов страховщиком по данному виду страхования может выступать только один субъект – Агентство по страхованию вкладов, созданное в форме государственной корпорации. Поскольку на обязательное страхование не распространяются нормы Закона «Об организации страхового дела в Российской Федерации», к страховщику не применяются такие требования закона, как получение лицензии на осуществление страховой деятельности, требования к уставному капиталу и собственным средствам, правила об учете и отчетности, положения о государственном надзоре за осуществлением его деятельности, он не вправе передавать принятые им обязательства по страхованию вкладов другим страховщикам.

Отмечая специфичность организационно-правовой формы, способ создания и цели деятельности Агентства по страхованию вкладов, его следует отнести к юридическим лицам публичного права. В то же время анализ действующего законодательства и судебной практики позволяют сделать вывод об отсутствии у Агентства государственно-властных полномочий, в связи с чем возникает вопрос о праве Агентства издавать отдельные акты, направленные на организацию системы обязательного страхования вкладов и регулирование ее деятельности. Закон о страховании вкладов (ст.ст.28, 36) наделяет Агентство такими полномочиями, в то же время не определяя правовую природу актов Агентства («Порядок расчетов страховых взносов», «Порядок уплаты страховых взносов», «Порядок ведения реестра банков», «Порядок конкурсного отбора банков-агентов»). Несмотря на имеющиеся в литературе мнения относительно закрепления за Агентством в Законе о страховании вкладов полномочий по изданию нормативно-правовых актов с применением процедуры регистрации актов в Министерстве юстиции РФ, т.е. создания механизма, аналогичного для актов Банка России и фактического признания Агентства органом государственной

власти, следует сделать вывод о том, что акты Агентства по своей природе не являются нормативно-правовыми актами ни по форме, ни по содержанию.

С принятием 27 октября 2008 г. Федерального закона РФ «О дополнительных мерах для укрепления стабильности банковской системы в период до 31 декабря 2011 года» №175-ФЗ Агентство было наделено дополнительной функцией по финансовому оздоровлению банков, что свидетельствует о наличии публичных начал в его деятельности.

В соответствии со ст. 13 Закона о страховании вкладов к Агентству, выплатившему возмещение по вкладам, переходит в пределах выплаченной суммы право требования, которое имел вкладчик к банку, в отношении которого наступил страховой случай. Аналогичная норма, предусматривающая суброгацию, имеется и в классическом страховании (ст.965 ГК РФ), однако в случае выплаты возмещения Агентство получает не только право требования к банку в пределах выплаченной суммы, но и фактически замещает вкладчика, приобретая не только его требования, но и обретая его статус, поскольку в ходе конкурсного производства требования Агентства удовлетворяются в первой очереди кредиторов, наравне с гражданами, являющимися кредиторами банков (ст. 64 ГК РФ).

Таким образом, публичные интересы государства в лице Агентства по страхованию вкладов поставлены выше, чем права иных кредиторов, к которым следует отнести юридических лиц, предпринимателей без образования юридического лица. Даже в отношении вкладчиков - физических лиц - данное установление закона приводит к ухудшению их положения, поскольку их шансы на получение своих средств, превышающих 700 000 руб., от банка-банкрота снижаются с появлением в одной очереди Агентства по страхованию вкладов (в лице федерального органа исполнительной власти). Законодатель в данном случае в значительной мере усилил позиции Агентства, необоснованно предоставив ему преимущества по отношению к остальным участникам гражданских правоотношений, поскольку сама по себе выплата возмещений вкладчикам производится за счет отчислений самих же банков (страховых взносов). Наличие института суброгации, на наш взгляд, не должно обеспечивать дополнительные преимущества Агентства по сравнению с другими кредиторами, которые находятся в ухудшенном положении и чьи частные интересы проигрывают публичным интересам Агентства по страхованию вкладов.

ПРИНЦИПЫ ТЕРРИТОРИАЛЬНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

В Российском законодательстве в качестве момента создания муниципального образования называется установление его границ.

Границы устанавливаются специальным, законом субъекта РФ об установлении границ и наделении соответствующим статусом муниципального образования. Исходя из указанных положений, в юридической литературе устоялось мнение о том, что территориальная организация местного самоуправления является одной из важных основ в сфере современного местного самоуправления, которая во многом определяет статус муниципального образования.

Основополагающие принципы территориальной организации местного самоуправления, которыми должны в обязательном порядке руководствоваться органы государственной власти субъектов РФ при принятии законов об установлении границ и наделении статусом муниципального образования, закреплены в ст. 131 Конституции Российской Федерации и Федеральном законе от 6 октября 2003 г. №131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации».

В указанных нормативных актах нет четкого перечня принципов территориальной организации местного самоуправления, однако, проанализировав соответствующие положения, возможно выделить ряд таких принципов.

1. Принцип целостности территории субъекта РФ. Данный принцип следует из положений пп. 1 п. 1 ст. 11 ФЗ №131-ФЗ, в соответствии с которым не допускается создание муниципальных образований, объединяющих населенные пункты, расположенные на территории разных субъектов РФ. Гарантией соблюдения указанного принципа является возложение функции принятия решений по вопросам муниципального устройства на органы государственной власти соответствующих субъектов РФ (п. 1.1 и п. 2 ст. 10 ФЗ №131-ФЗ).

2. Принцип целостности территории муниципального образования заключается в том, что все муниципальное образование должно иметь непрерывную границу. Указанный вывод следует из системного анализа положений, закрепленных в ст. 11 ФЗ №131-ФЗ, о том, что гра-

ницы поселения не могут пересекаться границами населенного пункта, территория поселения не может находиться внутри территории другого поселения, границы муниципального района не могут пересекаться границами поселения.

3. Принцип обязательного наличия двухуровневой структуры территориальной организации местного самоуправления: на первом уровне – поселения, на втором – муниципальные районы. Наличие обоих уровней обязательно. Исключение из общего правила – городские округа, соединяющие в своей компетенции полномочия обоих уровней.

4. Принцип учета исторических и иных местных традиций при установлении границ соответствующего муниципального образования. Данное требование вытекает из положений Федерального закона №131-ФЗ (п. 3 ст. 85) и ст. 131 Конституции РФ. Названный принцип предполагает, что в процессе муниципально-территориальных преобразований необходимо учитывать, местную специфику, имея в виду как природно-географические и экономические особенности территории, так и уклад жизни людей.

Рассмотренные принципы можно условно назвать «специальными», т.е. применимыми только при установлении границ муниципальных образований. Но при принятии субъектами РФ законов об установлении границ и наделении соответствующим статусом муниципального образования наряду с ними необходим учет также общих (универсальных) принципов организации местного самоуправления, содержащих территориальный аспект. К ним, в частности, относятся:

1. Принцип самостоятельности местного самоуправления в решении вопросов местного значения (ст. 12, ч. 1 ст. 130, ч. 1 ст. 132 Конституции РФ, п. 1 ст. 2, абз. 2 п. 3 ст. 6 ФЗ №131-ФЗ и др.). Применительно к территориальной организации местного самоуправления он означает, что, принимая решение об установлении границ муниципального образования, нужно исходить из того, что создаваемое или преобразуемое муниципальное образование будет иметь реальную возможность самостоятельно в правовом, организационном и экономическом отношениях решать вопросы местного значения.

2. Принципы эффективности и приближенности органов местного самоуправления к населению названы в качестве основополагающих в преамбуле Европейской Хартии о местном самоуправлении от 15 октября 1985 г. Принцип эффективности местного самоуправления означает, что при установлении территориальных пределов осуществления местного самоуправления следует исходить из реальной возможности и действительной способности населения решать все основные вопросы местного значения в устанавливаемых границах муниципального обра-

зования. Принцип приближенности органов местного самоуправления к населению включает в себя принципы демократичности, гласности и открытости в работе органов местного самоуправления и заключается в создании условий для широкого участия в ней представителей населения и осуществления эффективного контроля за деятельностью органов местной власти со стороны граждан. Очевидно, что реализация перечисленных задач окажется тем более успешной, чем компактнее будет организовано само муниципальное образование. В этой связи законодатель выделяет поселение как основной вид муниципального образования.

3. Принцип гарантированности прав местного самоуправления, означает, что территориальную основу местного самоуправления следует определять, в том числе с учетом реальных возможностей органов государственной власти по предоставлению муниципальным образованиям предусмотренных законодательством гарантий.

Кроме перечисленных выше в юридической литературе выделяют принцип соответствия административно-территориальному делению субъекта РФ и принцип непрерывности (неразрывности) территории муниципального образования. Думается, что первый из указанных принципов не может считаться таковым, так как понятия «административно-территориальное устройство субъектов РФ» и «муниципально-территориальное устройство субъектов РФ» не равнозначны по содержанию. Границы муниципального образования должны быть установлены в соответствии с принципами, перечисленными выше, вне зависимости от того, будут они совпадать с границами административно-территориального образования или нет.

Относительно принципа непрерывности (неразрывности) территории муниципального образования, думается, следует согласиться с позицией А.А. Замотаева о том, что среди установленных в пп. 3 п. 1 ст. 11 ФЗ № 131-ФЗ требований к территории поселения не содержится требования о ее непрерывности (неразрывности), данный вывод основан на анализе перечня земель, входящих в состав поселения.

Таким образом, на основании системного анализа норм Конституции РФ и Федерального закона №131-ФЗ в данной статье выделены специальные (территориальной организации) и общие принципы организации местного самоуправления (включающие территориальный аспект), которые обязательны для применения органами власти субъектов РФ при принятии законов об установлении границ и наделении соответствующим статусом муниципального образования.

К ВОПРОСУ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ПОНЯТИЙ ПРАВА НА ТАЙНУ СВЯЗИ И ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ

Понятие «корреспонденция» в широком смысле включает в себя согласно ст. 8 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г.¹ телефонные переговоры, а также иные сообщения, передаваемые по сетям связи.

Конституция РФ в ч. 2 ст. 23 устанавливает право каждого на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Статьей 63 ФЗ «О связи» гарантируется соблюдение на территории РФ тайны переписки, телефонных переговоров, а ст. 53 ФЗ «О связи» определяет, что такие сведения об абонентах и оказываемых им услугах связи, в том числе сведения о соединениях, трафике и платежах абонента, являются конфиденциальной информацией.

Содержание понятия «тайна связи» наиболее полным образом раскрыто в Определении КС РФ от 02.10.2003 №345-О, в котором указывается, что «информацией, составляющей охраняемую Конституцией РФ и действующими на территории РФ законами тайну телефонных переговоров, считаются любые сведения, передаваемые, сохраняемые и устанавливаемые с помощью телефонной аппаратуры, включая данные о входящих и исходящих сигналах соединения телефонных аппаратов конкретных пользователей связи»².

Вместе с тем, с принятием ФЗ «О персональных данных»³ от 27.11.2006 г. №152-ФЗ особую актуальность приобрел вопрос о соотношении данных понятий, их правовой взаимосвязи в конкретных общественных отношениях.

Так, в соответствии с ч. 1 ст. 6, ч. 1 ст. 7 данного федерального закона обработка персональных данных может осуществляться оператором с согласия субъектов персональных данных за исключением случаев, установленных законом. При этом, например, согласия субъекта персональных данных не требуется в случае, когда обработка персональных данных осуществляется в целях исполнения договора, одной из сторон которого является субъект персональных данных, а также для осуществления операторами электросвязи расчетов с пользователями услуг связи за оказанные услуги связи и рассмотрения претензий пользователей услугами связи.

В правоприменительной практике остро стал вопрос, касающийся предоставления операторами связи судебным приставам информации, включающей персональные данные абонентов.

При этом в ч. 1 ст. 53 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи» дан исчерпывающий перечень сведений об абоненте, относящихся к конфиденциальной информации: фамилия, имя, отчество или псевдоним абонента-гражданина, наименование (фирменное наименование) абонента – юридического лица, фамилия, имя, отчество руководителя и работников этого юридического лица, а также адрес абонента или адрес установки окончного оборудования, абонентские номера и другие данные, позволяющие идентифицировать абонента или его окончное оборудование, сведения баз данных систем расчета за оказанные услуги связи, в том числе о соединениях, трафике и платежах абонента.

Предоставление третьим лицам конфиденциальной информации может осуществляться только с согласия в письменной форме абонентов, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами (абз. 4 ч. 2 ст. 53 ФЗ «О связи»).

Такие случаи не ограничиваются лишь ст. 64 ФЗ «О связи», предусматривающей обязанность операторов связи предоставлять уполномоченным государственным органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность или обеспечение безопасности Российской Федерации, информацию о пользователях услугами связи и об оказанных им услугах связи, а также иную информацию, необходимую для выполнения возложенных на эти органы задач, в случаях, установленных федеральными законами.

Положениями ст. 64 Федерального закон от 02.10.2007 №229-ФЗ «Об исполнительном производстве» действительно предусмотрено право судебных приставов-исполнителей в процессе исполнения требований исполнительных документов запрашивать необходимые сведения у организаций, находящихся на территории Российской Федерации, а также на территориях иностранных государств, в порядке, установленном международным договором Российской Федерации, получать от них объяснения, информацию, справки.

Данному полномочию судебного пристава-исполнителя корреспондирует обязанность организации по исполнению таких запросов.

За ее неисполнение предусмотрена административная ответственность (ст. 19.7 КоАП РФ): «Непредставление или несвоевременное представление в государственный орган (должностному лицу) сведений (информации), представление которых предусмотрено законом и необходимо для осуществления этим органом (должностным лицом) его законной деятельности, а равно представление в государственный орган (должностному лицу) таких сведений (информации) в неполном объеме

или в искаженном виде, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от ста до трехсот рублей; на должностных лиц – от трехсот до пятисот рублей; на юридических лиц - от трех тысяч до пяти тысяч рублей».

Вместе с тем ст. 64 ФЗ «Об исполнительном производстве» прямо не предусматривает право судебного пристава-исполнителя запрашивать у операторов связи сведения о имеющихся договорах на оказание услуг сотовой радиотелефонной связи и номерах мобильных телефонов в отношении физических лиц, поэтому оператор связи не обязан предоставлять такую информацию судебным приставам-исполнителям по их запросам.

Каких-либо оснований утверждать, что отсутствие у судебного пристава доступа к информации о номерах сотовых телефонов физических лиц представляет угрозу для эффективного исполнения судебных решений, не имеется.

Таким образом, можно констатировать, что персональные данные по своей правовой природе не относятся к информации, составляющей тайну связи, но подлежат защите в качестве конфиденциальной информации об абоненте и без внесения соответствующих изменений в ФЗ «Об исполнительном производстве» выдаваться судебным приставам-исполнителям не могут.

¹ Международные акты о правах человека. М., 2008.

² СПС «КонсультантПлюс. Судебная практика»

³ Российская газета. 2006. №165, 29.07.

Н.Г. Гаврилиди

Пермский государственный университет

**ПРАВО НА РАССМОТРЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА
СУДОМ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ
ЗАСЕДАТЕЛЕЙ КАК ОДИН ИЗ АСПЕКТОВ
КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА
НА СПРАВЕДЛИВОЕ СУДЕБНОЕ
РАЗБИРАТЕЛЬСТВО**

Федеральный законодатель в рамках своих полномочий внес изменения в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам противодействия терроризму, в частности исключил из переч-

ня дел, которые подлежали рассмотрению судом с участием присяжных заседателей при наличии соответствующего ходатайства обвиняемого, уголовные дела о преступлениях, предусмотренных статьями 205, 206 ч. 2–4, 208 ч. 1, 212 ч. 1, 275, 276, 278, 279 и 281 Уголовного кодекса Российской Федерации¹. Указанная категория преступлений, в соответствии со ст. 151 УПК РФ, в подавляющем большинстве относится к подследственности следователей органов Федеральной службы безопасности РФ, а также альтернативной подследственности, направленных против общественной безопасности, государственной власти, основ конституционного строя и безопасности государства.

Проект Федерального закона аналогичного содержания «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации», в котором предлагалось исключить из подсудности суда присяжных уголовные дела по статьям 205, 205.1, 209, 278, 279 УК РФ, уже вносился в Государственную думу ранее, но не был поддержан профильным комитетом, а Государственной думе было рекомендовано отклонить его при рассмотрении в первом чтении. В пояснительной записке к проекту указывалось, что «присяжные заседатели по ряду причин зачастую не готовы к вынесению адекватного наказания, соотносимого с характером и тяжестью совершенного преступления». В заключении Комитета Государственной Думы по безопасности от 15 июня 2006 г. №80/3 по указанному проекту Федерального закона справедливо обращено внимание на то, что «в соответствии со статьей 343 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации присяжные заседатели выносят вердикты о виновности или невиновности обвиняемого, но не выносят приговоров. При этом судьба вердикта зависит в первую очередь от качества обвинения и степени доказанности вины подсудимого».

Вместе с тем комитет указал, что «участие присяжных заседателей в отправлении правосудия предусматривается ч. 2 ст. 20, ч. 2 ст. 47 и ч. 4 ст. 123 Конституции Российской Федерации и является гарантией соблюдения прав лиц, привлекаемых к уголовной ответственности. Проект Федерального закона противоречит концептуальным основам действующего конституционного и уголовно-процессуального законодательства».

Спустя два года Комитет Государственной Думы по безопасности, поддерживая аналогичный и даже более широкий круг исключаемых дел законопроект, в своем заключении от 1 декабря 2008г. №50 указывает, что «в южных регионах России участились факты вынесения коллегиями присяжных заседателей оправдательных вердиктов или обвинительных вердиктов с указанием о снисхождении в отношении под-

судимых». Таким образом «авторы законопроекта обоснованно и четко определяют цели законопроекта, состоящие в повышении эффективности мер предупреждения терроризма и усилении борьбы с этим явлением уголовно-правовыми и уголовно-процессуальными способами, а также в совершенствовании законодательства Российской Федерации в целях усиления ответственности за совершение террористических актов»

С учетом вышеизложенного возникает закономерный вопрос о том, является ли изменение подсудности уголовных дел судом с участием присяжных заседателей ограничением доступа к правосудию, затрагивающим право на законный суд, и соответствует ли это духу Конституции РФ?

Ответ на этот вопрос был дан 19 апреля 2010 г. в постановлении Конституционного суда РФ, который признал положения п. 2 и 3 ч. 2 ст. 30 УПК Российской Федерации в части, исключающей из подсудности суда с участием присяжных заседателей уголовные дела о преступлениях, предусмотренных ст. 205 «Террористический акт», 278 «Насильственный захват власти или насильственное удержание власти» и 279 «Вооруженный мятеж» УК Российской Федерации, и, соответственно, передающей такие дела на рассмотрение суда в составе трех судей федерального суда общей юрисдикции, не противоречащие Конституции Российской Федерации, поскольку предусмотренный данными положениями переход от рассмотрения дела судом с участием присяжных заседателей к иной судебной процедуре осуществлен с учетом запрета назначения исключительной меры наказания в виде смертной казни.

В описательно-мотивировочной части постановления указано, что по мнению Европейского Суда по правам человека, при наличии в системе уголовной юстиции конкретного государства суда с участием присяжных, принцип справедливого судебного разбирательства, по смыслу п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, не предполагает при предъявлении уголовного обвинения обязательного признания права на такой суд. Кроме этого, одним из неотъемлемых свойств права на судебную защиту и необходимым условием справедливого судебного разбирательства является право на объективный суд, предполагающее отсутствие предубеждения и пристрастности судей, и федеральный законодатель должен исходить из того, что принципиальное требование беспристрастности суда распространяется как на профессиональных судей, так и на входящих в состав суда присяжных заседателей, а с учетом того, что террористическая деятельность направлена на создание реальной угрозы для жизни и здоровья как населения,

так и участников уголовного судопроизводства, она может оказывать серьезное негативное психологическое воздействие и отрицательно влиять, в том числе на способность входящих в состав суда лиц к принятию адекватных решений.

Существенное влияние оказывает и обычно сопровождающее такие преступления широкое распространение информации из непроцессуальных источников, касающейся обстоятельств совершения преступления и личности обвиняемых, что в конечном счете, с учетом формирования коллегии присяжных заседателей из числа граждан, постоянно проживающих на территории соответствующего субъекта Российской Федерации, не позволяет обеспечить требование беспристрастного суда как с субъективной, так и с объективной точки зрения.

Таким образом, изъятие из подсудности суда с участием присяжных заседателей дел о терроризме и связанных с ним преступных деяниях, таких как вооруженный мятеж и насильственный захват власти, вызывается их повышенной сложностью и спецификой самих преступлений, чем в современных условиях предопределяется правомочие именно профессиональных судей делать вывод о виновности или невиновности подсудимых на основе исследования фактических обстоятельств и оценки собранных доказательств.

На основании указанных доводов Конституционный суд РФ приходит к заключению, что право обвиняемого на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей не относится к числу основных прав, неотчуждаемых и принадлежащих каждому от рождения, и что, по смыслу ст. 47 (ч. 2) Конституции Российской Федерации во взаимосвязи с ее ст. 123 (ч. 4), данное право – в отличие от права на независимый и беспристрастный суд или презумпции невиновности – не входит в основное содержание (ядро) конституционного права на судебную защиту, которое не подлежит изменению иначе как в порядке, установленном Конституцией Российской Федерации (ст. 64 Конституции Российской Федерации), а выступает в качестве одной из его возможных процессуальных гарантий, предоставляемых на основе полномочий усмотрения федерального законодателя в соответствии со ст. 71 (п. «в», «г», «о»), 118 (ч. 3) и 128 (ч. 3) Конституции Российской Федерации.

Соответственно, отнесение уголовных дел о терроризме и связанных с ним преступлениях к подсудности суда в составе коллегии их трех профессиональных судей само по себе не является нарушением права на судебную защиту, гарантированного Конституцией Российской Федерации.

Но исходя из общего смысла содержащегося в описательно-мотивировочной части постановления, можно заключить, что из подсудности суда с участием присяжных заседателей необходимо исключить и оставшуюся часть уголовных дел (в частности, квалифицированные убийства), поскольку основной довод КС РФ, запрет назначения исключительной меры наказания в виде смертной казни относиться ко всем соответствующим преступлениям, а широкое распространение информации из непроцессуальных источников (на местном уровне), касающейся обстоятельств совершения преступления и личности обвиняемых присутствует почти по всем делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей. Помимо этого, повышенной сложностью и соответствующей спецификой обладает и оставшаяся категория дел, подсудных суду присяжных, поскольку сомнения в виновности лица возникают по каждому делу и сводятся они к оценке противоречивых доказательств.

Круг дел, подсудных суду с участием присяжных заседателей даже после вступления в силу изменений от 12 декабря 2008 г., определен без четкой системы. В него входят наряду с квалифицированным убийством такое преступление как неуважение к суду, которое даже не предусматривает наказание в виде лишения свободы, а также ряд других преступлений небольшой и средней тяжести.

Учитывая вышеизложенное, необходимо обратить внимание на то, что основной категорией дел, рассматриваемых судом с участием присяжных заседателей (с учетом квалификации по наиболее тяжкому преступлению), являются убийства при отягчающих обстоятельствах. Изучение судебной практики рассмотрения дел судом с участием присяжных заседателей подтверждает, что для данной формы правосудия действительно характерны субъективизм (со стороны присяжных заседателей), полная непредсказуемость, недостаточный уровень знаний для оценки доказательств. Об этом свидетельствует значительное число лиц, которые были признаны заслуживающими снисхождения, вынесение оправдательных вердиктов по уголовным делам несмотря на наличие достаточных доказательств вины подсудимого.

¹ Федеральный закон от 30 декабря 2008 года №321-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам противодействия терроризму» / Российская газета, 2008. №267.

**ПОТРЕБНОСТЬ НАСЕЛЕНИЯ
В ИНФОРМАЦИОННОМ ОБЕСПЕЧЕНИИ
ОРГАНАМИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ
В РОССИИ**

Обеспечение доступа населения к информационным ресурсам, 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. Однако процесс формирования информационных ресурсов органами государственной власти России значительно тормозится и развивается неравномерно из-за ряда проблем, изучение и систематизация которых крайне важны с точки зрения необходимости их эффективного решения. Научный анализ этих проблем раскрывает возможности повышения уровня информационного обеспечения социальных групп по вопросам, касающимся интересов, прав и свобод граждан, независимо от их возраста, доходов и места жительства; ориентации реализуемых в обществе мероприятий по использованию информационных ресурсов на сохранение и развитие социокультурных ценностей; создания действенного механизма применения информационных ресурсов в государственном и муниципальном управлении с целью развития и более полного использования человеческого потенциала страны. Отсутствие либо недостаток подобных знаний могут привести к негативным социальным последствиям.

В российском обществе сформировалось противоречие между высокими потребностями социальных групп в информационном обеспечении и неэффективным процессом формирования государственных информационных ресурсов. Для исследования проблемы воспользуемся анализом официальных российских документов, регламентирующих информационное обеспечение граждан органами государственной власти и вторичным анализом результатов социологических исследований Всероссийского центра изучения общественного мнения (ВЦИОМ), Фонда «Общественное мнение», Центра Левады и др.; контент-анализом публикаций по проблемам информационного обеспечения

населения в научных журналах «Социальная реальность», «Социологические исследования», а также в «Российской газете».

Так, в России лишь 14% населения считают, что, безусловно, обладают свободой получать и распространять информацию (Социальная реальность, 2007). Большинство граждан не имеют возможности ознакомиться с информацией, определяющей их права и обязанности и регулирующей их поведение в повседневной жизни, с минимальными затратами сил, времени и средств. А это, по оценкам экспертов, существенно сдерживает общественную активность социальных групп, с одной стороны, и позволяет недобросовестным деятелям создавать антиобщественные настроения, с другой. Действительно, данные мониторинга Левада-Центра за 2006 г. свидетельствуют о том, что 42% россиян воспринимают власть как «далекую от народа, чужую» (в 1998 г. таких было лишь 8%). Правительству в 2007 г. доверяли лишь 19% россиян, региональным властям – 20% (К.В. Подъячев, 2007).

Наиболее эффективный канал информационного обеспечения населения – удаленный доступ к информационным ресурсам. Известно, что еще с 2003 г. в России существует конкретный перечень обязательных для размещения в сети Интернет сведений о деятельности Правительства РФ и федеральных органов исполнительной власти (Постановление Правительства РФ от 12.02.2003 №98). Характерно, что федеральные органы зачастую лишь в принудительном порядке на основании судебных решений создавали свои сайты либо дорабатывали их содержание. 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.

С 1 января 2010 г. в России вступил в действие новый федеральный закон «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления», ужесточивший требования к организации доступа к указанной информации, в том числе в сети Интернет. Однако сложно констатировать, что в настоящее время до сих пор на уровне субъектов РФ, тем более на муниципальном уровне, эти требования соблюдаются далеко не в полном объеме. Основным аргументом органов власти в неисполнении требований является отсутствие в штатном расписании специалистов по ведению сайтов. Как отмечают эксперты, к сожалению, даже создав собственные

сайты, большинство органов власти пока ограничиваются формальным исполнением нормативов: заводят доменное имя, размещают эмблему службы, фотографию ее здания, пускают по левой колонке несколько ссылок с не требующей обновления информацией. Поэтому информационные ресурсы не становятся востребованными, их содержание не основано на тщательном исследовании потребности аудитории, отсутствует интерактивность.

Поэтому только 37% совершеннолетних россиян являются пользователями сети Интернет (Фонд «Общественное мнение, 2010). Причина – противоречие между видимостью обширности и разнообразия электронных информационных ресурсов органов власти и несоответствием их содержания информационным потребностям социальных групп. Оно и обуславливает слабую активность индивидов в овладении и использовании информационных технологий, низкую эффективность взаимодействия населения с органами власти.

Критика существующей ситуации с доступом к электронным ресурсам содержится в ФЦП «Электронная Россия (2002–2010 годы)», что, на наш взгляд, довольно прогрессивно, поскольку свидетельствует об осознании этой проблемы органами власти. Отмечается, что открытые информационные системы пока недоступны для граждан с невысокими доходами, а также существенно ограничена возможность их использования образовательными и научными учреждениями, учреждениями здравоохранения и культуры, бюджетными организациями, местными СМИ, органами государственной власти и МСУ. Мониторинг отношения общественности к программе «Электронная Россия», проведенный ВЦИОМ в 2003 г. (Российская газета. 2003. 26 авг.), обнаружил 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 тогда высказались более 40% россиян.

Так, в рамках «Электронной России» были созданы пункты коллективного доступа в Интернет на почтах (проект «КиберПочт@»), в библиотеках. Однако за рубежом, в отличие от России, такие пункты предоставляют услуги бесплатно (например в Великобритании в рамках программы «Электронный Бирмингем», на базе библиотек). Это способствует обеспечению доступа к информации малообеспеченным, наиболее депривированным слоям населения.

Таким образом, законодательные гарантии доступа к государственным информационным ресурсам (статьи 24, 29, 41, 42 Конститу-

ции РФ, указ Президента РФ «О дополнительных гарантиях прав граждан на информацию», Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и защите информации», Федеральный закон «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» и др.) на практике требуют разработки более действенного механизма их реализации. Органам государственной власти необходимо создавать интересные, полезные и важные для населения Интернет-ресурсы и пропагандировать их среди населения. Требуется не только создание инструментов информирования, но и формирование потребности и мотивации в их использовании. Пока же возможности социальной адаптации населения посредством использования государственных информационных ресурсов практически отсутствуют.

Т.В. Зайцева

*Кировоградский юридический институт Харьковского
национального университета внутренних дел*

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОПЕКИ И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВА В СТРАНАХ ПОСТСОВЕТСКОГО ПРОСТРАНСТВА

Вопросы опеки и попечительства были и остаются актуальными в современном обществе. Лица, пребывающие под опекой, принадлежат к тем категориям населения, которые нуждаются в особом внимании и защите. Опека и попечительство являются важной разновидностью государственной и общественной заботы, которая регулируется нормами разных отраслей права. Обращаясь к практике решения этого вопроса в странах постсоветского пространства, следует отметить, что законодательство разных стран подходит к решению этого вопроса по-разному.

Согласно ст. 145 Семейного кодекса Российской Федерации опека и попечительство устанавливаются относительно детей, лишенных родительской заботы с целью их содержания, воспитания и образования, а также для защиты их прав и интересов.

Установление и прекращение опеки и попечительства регулируется Гражданским кодексом Российской Федерации. Так, согласно ст. 34 Гражданского кодекса органами опеки и попечительства являются органы местного самоуправления. Органы опеки и попечительства по

месту проживания подопечных осуществляют надзор за деятельностью их опекунов и попечителей.

Характерным для системы органов опеки и попечительства в Российской Федерации является то, что их статус определяется не только федеральным законодательством, но и отдельными законодательными актами в каждом субъекте федерации. Этими нормативными актами определяется перечень органов опеки и попечительства, их основные функции и полномочия, порядок их финансирования. Следует отметить, что в компетенцию этих органов всегда относится контроль за расходованием опекуном доходов подопечного и распоряжение имуществом подопечного. Эти органы также дают разрешения на отдельное проживание опекуна и подопечного в случаях, предусмотренных законодательством.

В Республике Латвия вопросы опеки и попечительства регулируются Гражданским законом 1937 г. и Законом «О защите прав детей» от 19 июня 1998 г. Согласно ст. 218 Гражданского закона функции опеки и попечительства принадлежат сиротским судам, в частности в городах – городским сиротским судам, а в сельской местности – волостным судам. Деятельность этих судов регламентируется Законом «О сиротских и волостных судах» от 6 ноября 1995 г.

На основании данных, полученных от государственных учреждений, органов местного самоуправления, либо родственников лица, нуждающегося в опеке, сиротский суд немедленно назначает опекуна над несовершеннолетним. Кроме того, сиротский суд организывает составление перечня имущества несовершеннолетнего, осуществляет надзор за действиями опекунов, содействует защите прав несовершеннолетнего. Также в случае ненадлежащего исполнения возложенных на опекуна обязанностей суд немедленно отстраняет такого опекуна и проводит соответствующее расследование. Ответственность за деятельность сиротских судов несут органы местного самоуправления.

Согласно Гражданскому закону Латвии опекунами назначаются один из родителей несовершеннолетнего лица, его близкие родственники, а в случае их отсутствия – другие лица. Интересным является то, что каждый из родителей имеет право назначить опекунов в завещании. В случае если родители до смерти не успели назначить опекунов в завещании, это право переходит к бабушке и дедушке несовершеннолетнего. Опекуны, назначенные по завещанию родителей, осуществляют свои опекунские обязанности без утверждения их кандидатуры опекунским судом. Если в завещании не указано кандидатуру опекуна, а бабушка и дедушка умерли, то ближайшие родственники несовершеннолетнего должны немедленно обратиться в соответствующий сиротский суд с

ходатайством о назначении опекуна. В таком случае опекун назначается из числа ближайших родственников несовершеннолетнего. Если таких лиц нет, то сиротский суд назначает опекунов из числа других лиц. В случае невозможности немедленного исполнения опекунских функций суд назначает временного опекуна.

Опекун обязан постоянно отчитываться об управлении имуществом несовершеннолетнего и подавать соответствующие документы в сиротский суд. Если у сиротского суда нет возражений относительно использования имущества несовершеннолетнего, он выдает опекуну свидетельство о правильности оформления отчета и достоверности приведенных в нем сведений. В случае выявления ошибок и неправомерности действий опекуна относительно управления имуществом, суд требует от опекунов объяснений, рассматривает дело и принимает решение о привлечении опекунов к ответственности.

Основным нормативно-правовым актом, регулирующим деятельность органов по опеке и попечительству в Литовской Республике, является Гражданский кодекс. Согласно ст. 3.252 Гражданского кодекса опекунство и попечительство над детьми делится на постоянное и временное, в связи с этим отличается и порядок установления опеки (попечительства).

Так, временная опека (попечительство) устанавливается над ребенком решением местного муниципального органа (мера) по рекомендации органа по защите прав ребенка соответствующего региона (города) с момента регистрации заявления в местных органах власти. Целью временной опеки (попечительства) является возвращение ребенка к родной семье. Постоянная опека (попечительство) над ребенком устанавливается только по решению суда на основании заявления местного органа по защите прав ребенка или прокурора.

Согласно ст. 3.241 Гражданского кодекса контроль и управление деятельностью опекунов и попечителей в Литовской Республике осуществляют муниципальные или местные органы опеки и попечительства, в состав которых входят государственные органы по защите прав ребенка. Согласно ст.3.266 орган по защите прав ребенка области (города) ответственен за организацию опеки (попечительства) над ребенком. Во время установления опеки (попечительства) этот орган сотрудничает с другими местными органами власти и негосударственными учреждениями, имеющими отношение к защите прав ребенка. Кроме того, местный орган по защите прав ребенка осуществляет надзор за процессом опеки (попечительства) в семье, общественной семье (6 и больше детей) и соответствующем учреждении. При этом он также сотрудничает с другими органами, наделенными функциями защиты прав детей.

Таким образом, как свидетельствует проведенный анализ, в зависимости от органов, на которые непосредственно возлагается ведение дел по опеке, страны можно разделить на две группы:

- страны, в которых делами опеки над несовершеннолетними ведают органы судебной власти;
- страны, в которых делами опеки занимаются органы исполнительной власти и местного самоуправления.

По порядку установления опеки страны можно разделить на такие группы:

- страны, в которых опека устанавливается в судебном порядке (Латвия);
- страны, в которых опека устанавливается в административном порядке (Российская Федерация, Беларусь, Казахстан);
- страны, в которых существует смешанная система установления опеки (Литва).

И.М. Кислицын

Пермский государственный университет

О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ В КОНСТИТУЦИИ И КОНСТИТУЦИОННОМ ГОСУДАРСТВЕННОМ ПРАВЕ РОССИИ

1. Более семидесяти лет назад И.П. Трайнин высказал мысль о том, что в условиях социализма государственное право тождественно (вполне совпадает) Конституции и потому должно называться конституционным. Однако уже тогда предложенная идея не нашла единодушной поддержки и стала проблемой для правовой науки. Впоследствии ее пытались обосновать, в частности В.Ф. Коток и государственные юристы юридического факультета Ленинградского государственного университета, которые даже опубликовали книгу «Советское конституционное право» (Л., 1975), но тщетно – и отрасль права, и наука о ней до 2000 г. в официальных документах назывались «Государственное право», возможно, потому, что против замены государственного права конституционным возражали такие авторитетные ученые, как А.И. Денисов, А.И. Ким, А.И. Лепешкин, А.Х. Махненко, В.С. Основин, Б.В. Щетинин и др. И если В. Коток объявил дискуссию по указанному вопросу спором о словах (в настоящее время такого же мнения придерживается М.В. Баглай),

то оппоненты считали, что замена наименования касается предмета отрасли права и источников отрасли: если источниками конституционного права являются конституционные нормы (Конрад Хессе говорит, чтобы понять конституционное право, нужно понять, что такое Конституция), то источниками государственного права – и неконституционные, но специфические по предмету, а замена делает предмет отрасли комплексным и, ликвидируя специфику предмета, по сути, ликвидирует государственное право как самостоятельную, отдельную отрасль права и науку о ней.

К концу XIX в. полемика по затронутому вопросу затихла, но не на основе единства взглядов, поскольку единства не достигли.

В марте 2000 г. появилась новая причина для продолжения обсуждения проблемы: Министерство образования науки РФ заменило государственное право на конституционное (государственное) право России. Результат – новые вопросы, и один из них такой: во времена государственного права источниками этой отрасли признавались нормативные правовые акты, принимающиеся государственными органами от Верховного Совета до местных органов государственной власти всех уровней вплоть до сельских (поселковых и городских соответствующего подчинения) и их исполнительных комитетов. Теперь конституционно признанные органами местного самоуправления местные органы государственной власти лишены статуса государственных органов – и что же, источниками конституционного права, при отождествлении его с государственным правом, стали и акты негосударственных органов? И еще. По Трайнину, идея которого теперь официально признается справедливой, государственное право тождественно Конституции лишь в условиях социализма и поэтому должно называться конституционным правом. Но в современной России социализма нет, он заменен капитализмом, совсем иной социально-экономической формацией, при которой, по Трайнину, тождества государственного права и Конституции (конституционного права) быть не может, поэтому наименование отрасли права правом государственным (логически) должно быть возвращено либо следует именовать ее конституционным правом, без каких-либо добавлений, вроде «государственное».

Такое решение соответствовало бы предмету отрасли и было бы созвучно стремлению властей к возвращению старины.

В основе полемики, по сути, лежит вопрос о месте Конституции в системе права: если она признается «достоянием» одной отрасли, это приводит к ущемлению ее суверенного престижа и возвышению одной из отраслей права; если же признается непосредственным и единственным формальным источником для всех признанных необходимыми в

конкретных условиях отраслей права, то предмет спора исчезает, государственное право остается ведущей отраслью права, но по другим основаниям.

2. О некоторых проблемных положениях, касающихся Конституции Российской Федерации 1993 г., в частности о наименовании этого правового акта, ибо сказано: «По имени житие, а не имя по житию».

Так, с 10 июля 1918 г. по 25 декабря 1993 г. все пять российских (РСФСР) конституций имели в наименовании в скобках уточнение слова: «Основной закон РСФСР», в Конституции РФ 1993 г. их нет. Возникает вопрос: почему? Для простоты? Упрощение наименования – серьезный промах составителей проекта Конституции. Ведь слово «конституция» само по себе ни о чем не говорит. Это знак, примета одного из политико-правовых документов государства. Спросите у не специалистов в юриспруденции: «Что есть конституция?» и получите самые разные ответы. Слово «конституция» в каждодневном использовании неоднозначно. И когда оно дополняется словами «Основной закон такого-то государства», то приобретает конкретное предназначение, конкретный смысл, первое, ведущее место в правовой системе государства – Основной закон! Немцы, кстати, при выборе наименования основному законодательному акту ФРГ поступили проще. 8 мая 1949 г. Парламентский совет принял Основной закон ФРГ как временный акт. Через несколько лет работы парламентская комиссия признала, что Основной закон 1949 г. полностью адекватен сегодняшнему дню и нет необходимости разрабатывать новую Конституцию, изменять наименование Основного закона ФРГ, который теперь постоянный. Первый подобный акт СССР (1924 г.) назывался тоже Основным законом.

Правовой акт, являющийся правовой основой всей системы права, уже в своем наименовании должен указывать на это его место. Это вопрос не столько теории, сколько повседневной практики всех субъектов права.

Исходя из сказанного представляется необходимым возвратиться к традиционному в России наименованию – Конституция (Основной закон).

Есть в Конституции РФ 1993 г. и другие, более серьезные проблемы и одна из них – проблема законности (легитимности) Конституции РФ:

а) проект Конституции РФ 1993 г. был разработан вопреки традиции и решениям Первого Съезда народных депутатов РСФСР о Конституционной комиссии группой юристов (сторонников Б. Ельцина), третировавшей Комиссию съезда и результаты ее работы. Проект Конституции, составленный этой группой и одобренный созванным Б. Ель-

циным из своих сторонников Конституционным совещанием, был представлен на суд народа в качестве «президентского». Проект, составленный Конституционной комиссией Съезда народных депутатов, как и другие проекты, на обсуждение народа и голосование не ставились. Все делалось волонтеристски, продвигалось обходными путями. На таких путях возникла и следующая проблема Конституции 1993 г.;

б) действующая Конституция принята с нарушением ст. 185 (в ред. от 21 апреля 1992 г.) Конституции РСФСР 1978 г., действовавшей до 25 декабря 1993 г.;

в) Конституция 1993 г. вотирована на основе «Положения о всенародном голосовании по проекту Конституции Российской Федерации 12 декабря 1993 г.», утвержденного указом Б.Н. Ельцина от 15.10.1993 г. № 1633, в обход действовавшего с октября 1990 г. по октябрь 1995 г. Закона РСФСР «О референдуме РСФСР». Законно ли это положение, если подписано гражданином РФ, президентские полномочия которого, согласно ст. 121-6 Конституции 1978 г. в редакции от 09.12.1992 г., прекратились немедленно, т. е. автоматически. Но Б. Ельцин игнорировал это императивное требование Конституции, а высшие органы законодательной и судебной власти бездействовали. Однако законность всех его действий после 9 декабря, по меньшей мере, сомнительна. Это относится и к проведению голосования по проекту Конституции;

г) трудно признать Конституцию Основным законом государства и легитимной в широком смысле слова, если при народном голосовании против ее принятия активно (голосовали против, участвуя в голосовании) либо пассивно (не участвуя в голосовании) высказались более двух третей числа имевших право участвовать в голосовании (внесенных в списки голосования). Проголосовавших «за» 54,8% от 58,4% всех проголосовавших (составляют немного больше 30% от 100%) – имевших право участвовать в народном голосовании, которое при сложившихся обстоятельствах и народным-то трудно назвать. Проблема...

Есть и еще проблемы. Первая: при поспешном составлении проекта Конституции России в ряде случаев не были соблюдены требования законодательной техники, следствием чего явилось толкование Конституционным судом России уже 27 статей (либо их частей, пунктов) Конституции России 1993 г. Вторая: недисциплинированность некоторых субъектов конституционно-правовых отношений в осуществлении и защите Конституции. Во-первых, уже 16 лет не принимается и даже тормозится принятие федерального конституционного закона о Конституционном собрании, которое единственно вправе, согласно ст. 135 Конституции России, решать вопрос о пересмотре действующей

Конституции РФ, на чем настаивает даже часть членов Федерального Собрания России; во-вторых, до настоящего времени, вопреки требованию п. «ж» ст. 83 Конституции, статус Совета безопасности Российской Федерации определяется не федеральным законом, а указами президента РФ. В-третьих, в федеральной и региональной законодательной практике встречаются случаи принятия законов в нарушение ч. 2 ст. 55 Конституции, двусмысленно гласящей: «В Российской Федерации не должны издаваться (подчеркнуто мною. – *И. К.*) законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина». Издавать, т.е. выпускать в свет, публиковать¹, нельзя, запрещено, а принимать и применять их без издания можно? Кстати, это еще один пример уязвимости текста Конституции РФ.

3. Как видим, причины отмеченных проблем по их характеру заключаются не в самой Конституции РФ 1993 г., а вне ее, в неисполнении некоторых ее норм, прежде всего парламентом России – Федеральным Собранием. И для устранения этих помех – проблем не требуется ни пересмотра Конституции, ни даже внесения в нее поправок, а достаточно своевременного и полного исполнения конституционных предписаний представительным органом народа России и субъектов Федерации, по инициативе субъектов права законодательной инициативы. Не требуется проявления воли, а нужно исполнить конституционную обязанность, принять соответствующие законы, если представительная демократия это не пустой звук, а конституция – не парадный атрибут демократии.

¹ *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. М., 2001, с. 239

В.А. Кочев

Пермский государственный университет

О ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРИРОДЕ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА

Природа прав и свобод человека и гражданина (ПСЧГ) характеризуется, во-первых, статистическими и динамическими характеристиками.

1. Статика ПСЧГ раскрывается в ряде конституционных понятий, определяющих объем (границы) одноименного рода.

В Конституции РФ закрепляется понятие «ПСЧГ». Правами и свободами являются те из них, которые в соответствии с ч. 1 ст. 17 Конституции РФ гарантируются согласно общепризнанным принципам и нормам международного права в соответствии с Конституцией РФ. Права и свободы, закрепленные в главе II Конституции РФ, именуются в литературе конституционными. Эти права согласно ст. 64 Конституции РФ составляют основы правового статуса личности в Российской Федерации и не могут быть изменены иначе как в порядке, установленном Конституцией РФ.

Кроме того, в Конституции РФ существует понятие «основные права и свободы человека», которые неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения (ч. 2 ст. 17). В качестве таковых выступает большинство личных прав и свобод (основные из них), а также другие (например, право собственности), которые принадлежат не только гражданам того или иного государства, но и иным лицам.

И, наконец, в Конституции РФ употребляется понятие «основные права и свободы» (ч. 1 ст. 55). Согласно буквальному определению к ним относятся те основные права и свободы, которые перечислены в Конституции РФ. При таком определении можно предположить, что к основным правам и свободам относятся, видимо, только права и свободы человека. Однако контекстуальное уточнение не дает основания для подобного ограничительного толкования. В ч. 1 ст. 55 Конституции РФ говорится о тех основных правах и свободах, которые не должны толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных ПСЧГ.

Отсюда следует, что понятие «ПСЧГ» или «конституционные ПСЧГ» и понятие «основные права и свободы» являются совпадающими. В этой связи представляется правомерным употребление понятия «основные ПСЧГ», которое охватывает все права и свободы, закрепленные в Конституции РФ, а также другие общепризнанные права и свободы человека и гражданина, гарантированные согласно общепризнанным принципам и нормам международного права.

2. Динамические характеристики отражаются в понятиях функционального ряда. Это:

2.1. Признание ПСЧГ. Ни Конституция РФ, ни решения органов государственной власти не являются в отношении ПСЧГ правотворческими актами. Конституция РФ юридически оформляет права и свободы как основные нормативные положения, которые обязывают государственную власть и всех участников общественных отношений.

2.2. Гарантированность ПСЧГ. В Конституции РФ определяются формы, средства и способы защиты основных прав и свобод. Одной из основополагающих конституционных гарантий является положение ст. 2 Конституции РФ, в которой закрепляется основная обязанность государства - признание, соблюдение и защита ПСЧГ. Это конституционное положение конкретизируется в статусной норме ч. 1 ст. 80 Конституции РФ, согласно которой Президент РФ выступает гарантом ПСЧГ.

Важной конституционной гарантией является закрепление обязанности и соблюдение основных прав и свобод третьими лицами (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ). Как следует из данного положения, действия одного лица правомерны постольку, поскольку они не нарушают прав и свобод другого лица.

Гарантией является норма-принцип ст. 18 Конституции РФ, в соответствии с которой ПСЧГ определяют смысл и содержание деятельности законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и всей правоприменительной деятельности, в т.ч. правосудия. Из данного требования следует, что

а) в качестве основной цели деятельности публично-властных органов выступает обеспечение основных прав и свобод;

б) должны быть созданы и действовать организационно-правовые механизмы обеспечения основных прав и свобод, в т.ч. специальные правозащитные институты (суды, прокуратуры, и др.).

Гарантированность ПСЧГ определяется возможностью их осуществления. Для осуществления основных прав и свобод требуются определенные общественные условия: политические, экономические, социально-культурные, которые в настоящем контексте должны рассматриваться как материальные и духовные гарантии.

Международно-правовые гарантии ПСЧГ осуществляются согласно общепризнанным принципам и нормам международного права (ч. 1 ст. 17 Конституции РФ). Это означает, что закрепленные в Конституции РФ права и свободы не должны толковаться как конституционные требования, ограничивающие (отрицающие или умаляющие) другие общепризнанные ПСЧГ (ч. 1 ст. 55 Конституции РФ). Последние осуществляются Российской Федерацией непосредственно согласно Конституции РФ и обеспечиваются правосудием.

Общепризнанными являются те основные права и свободы, которые закреплены в международно-правовых актах, содержащих общепризнанные принципы и нормы международного права. Эти акты обязывают не только законодателя, но и Конституцию РФ (положения

Конституции не могут быть истолкованы в разрез с общепризнанными международными правовыми актами).

Во-вторых, природа ПСЧГ определяется их субъективным значением. Основные права и свободы являются субъективными:

1) они принадлежат каждому или гражданину в силу того, что закреплены в Конституции РФ и в общепризнанных международных правовых актах. Основные права распространяются также на юридических лиц. Основные права юридического лица подлежат защите наравне с основными правами и свободами граждан. В юридической литературе утверждается, что субъективными политическими правами обладают и объединения граждан (например, политические партии);

2) граждане и объединения граждан вправе непосредственно ссылаться на основные субъективные ПСЧГ при защите своих интересов;

3) субъективные ПСЧГ ограничивают государственную власть и обязывают ее. Субъективные права и свободы являются правами защиты от государства – это защитные права. Ущемление субъективных прав и свобод государством запрещено. Эти права дают возможность защиты личности от незаконных нарушений ее статуса;

4) субъективные права и свободы выступают как правопритязания. Это означает, что лица вправе требовать от государственных органов устранения ущерба, его возмещения, в т.ч. нанесенного бездействием власти.

Принципы социального правового государства и принципы основного правового статуса личности определяют особое отношение к социальным притязаниям. Конституционное право на социальное притязание о предоставлении благ у лица отсутствует. Социальное государство создает условия реализации конституционных социальных прав и гарантирует минимальные социальные стандарты (прожиточный минимум, минимальная зарплата, социальное жилье и др.).

В-третьих, природа ПСЧГ выявляется в их объективном значении. Объективное значение основных прав и свобод состоит в том, что они есть одна из основ конституционного строя – его «личностная» составляющая. Как основа конституционного строя основные права налагают на государства ряд конкретных обязанностей, связанных с созданием условий их реализации. Правовыми условиями реализации ПСЧГ являются их регулирование, ограничение и защита.

ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ГАРАНТИИ САМОСТОЯТЕЛЬНОСТИ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

Рассматривая гарантии деятельности местного самоуправления, представляется необходимым определить гарантии местного самоуправления, как основополагающий принцип организации местного самоуправления. Гарантированность местного самоуправления – это его неотъемлемый атрибут, который закреплен как в международном (Европейская Хартия местного самоуправления, 1985), так и в российском национальном праве (Конституция РФ, Федеральный закон от 6 октября 2003г. №131 – ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹, в ред. от 27.07.2010 №237-ФЗ (далее – Федеральный закон №131-ФЗ).

Настоящая статья имеет целью проанализировать законодательное закрепление принципа организационно – правовой самостоятельности местного самоуправления.

В статьях 3, 12 Конституции Российской Федерации закреплено местное самоуправление как форма народовластия, следовательно, местное самоуправление является одной из основ конституционного строя. «...Единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ», который «осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления» (ч. 1 и 2 ст. 3). Местное самоуправление, представляя собой демократический институт, признается и гарантируется государством, а также устанавливается самостоятельность местного самоуправления в пределах своих полномочий (ст. 12).

В соответствии со ст. 12 Конституции РФ органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти, что, в свою очередь, может охарактеризовать местное самоуправление как самостоятельный уровень власти. Органы местного самоуправления не являются звеньями единой иерархической системы органов государственной власти, построенной на основе принципов строгой подотчетности нижестоящих органов вышестоящим, руководства вышестоящих органов нижестоящими органами (что было характерно для советской организации власти на местах)². В ст. 34 Федерального закона №131-ФЗ

устанавливается, что участие органов государственной власти и их должностных лиц в формировании органов местного самоуправления, назначении на должность и освобождении от должности должностных лиц местного самоуправления допускается только в случаях и в порядке, установленных ч. 5 и 11 ст. 37 указанного закона.

Конституция РФ закрепляет положение о самостоятельном определении населением структуры органов местного самоуправления (ст. 131). В соответствии со ст. 34 Федерального закона №131-ФЗ населению предоставляется право непосредственно, а также через выборные органы местного самоуправления определять в уставе муниципального образования порядок формирования, полномочия, срок полномочий, подотчетность, подконтрольность органов местного самоуправления.

Субъекты Федерации, регулируя деятельность органов местного самоуправления, не в праве предусматривать обязательное формирование каких – либо иных (кроме выборных) органов местного самоуправления. В постановлении Конституционного Суда РФ от 01 февраля 1996 г. по делу о проверке конституционности ряда положений Устава Читинской области отмечается, что статья Устава Читинской области, предписывающая органам местного самоуправления образовывать свои исполнительные органы, не соответствует Конституции РФ. Вместе с тем отдельные положения Федерального закона №131, которые чрезмерно детализируют организацию местного самоуправления, еще могут стать предметом проверки на соответствие конституционному принципу самостоятельности. В частности, в специальной литературе уже обращалось внимание на ограничение самостоятельности населения муниципального образования в определении структуры органов местного самоуправления³.

Органы местного самоуправления наделяются собственной компетенцией по решению вопросов местного значения. Вопросы местного значения – вопросы непосредственного обеспечения жизнедеятельности населения муниципального образования. Федеральный закон об общих принципах организации местного самоуправления закрепляет предметы ведения местного самоуправления, перечисляя вопросы местного значения, которые самостоятельно решаются органами местного самоуправления.

Муниципальные образования наделены правом иметь собственную символику (гербы, эмблемы, другую символику), отражающую исторические, культурные, социально – экономические, национальные и иные местные традиции.

При изменении границ территорий, в которых осуществляется местное самоуправление, гарантируется учет мнения населения (ст. 131 Конституция РФ). При этом Федеральный закон об общих принципах организации местного самоуправления устанавливает гарантии учета мнения населения при решении вопросов изменения границ муниципального образования.

Основываясь на вышеизложенном, мы можем сделать следующий вывод: гарантии организационно - правовой самостоятельности местного самоуправления имеют широкое закрепление на законодательном уровне, что может свидетельствовать о высокой значимости местного самоуправления как демократического института. Однако нужно отметить и тот факт, что в переходный период становления новой модели организации местного самоуправления необходимо обращать особое внимание на правоприменительную практику, которая может существенно отличаться от «должного» нормативного предписания.

¹ Собрание законодательства РФ. 2003. №40. Ст. 3822

² См.: *Кутафин О.Е., Фадеев В.И.* Муниципальное право. М.: проспект, 2010.

³ См.: *Соболева Л.Б.* Исполнительные органы местного самоуправления в Российской Федерации: особенности правовой природы статуса: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 23

С.Э. Либанова

Курганский государственный университет

**ВЛАСТЬ ПРАВА И ДЕМОКУРИЯ
В КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОМ
МЕХАНИЗМЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВ
И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА**

Реализация закрепленного в Конституции РФ приоритетного принципа-гарантии¹ признания, соблюдения и защиты прав и свобод личности не состоится без выполнения государством задач по развитию гражданского общества и признанию функции общественного надзора (демокурии от лат.kurij –надзор и демос-народ) за его отдельными институтами, способными осуществлять эффективный профессионально-правовой, независимый общественный надзор за деятельностью чиновников всей системы публичной власти, не только для реали-

защиты конституционных приоритетов в сфере прав и свобод человека, но и сохранения самого государства, содействуя его становлению реально правовым². Учеными справедливо отмечается, что проблема контроля власти – «ось современной жизни»³. Государственный контроль, как традиционная функция государства⁴, имеет давние исторические корни, представлен множеством форм и видов, а система общественного контроля только формируется. Представляется принципиально важным, с позиции реализации конституционно-правового механизма обеспечения⁵ прав и свобод человека, определить сам факт существования общественного контроля.

Отсутствие единого мнения в юридическом сообществе относительно понятий «контроля и надзора» порождает объективные трудности. Значительная часть ученых-юристов считает эти понятия тождественными⁶. Полагаем, что полномочиями по осуществлению надзора за обеспечением конституционных принципов-гарантий обладают в той или иной мере все органы государства и даже некоторые институты гражданского общества, а контрольными функциями наделены только государственные органы. Объективным критерием разграничения является результат реализации полномочий субъекта: для контролирующего – окончательность и обязательность указаний, обеспеченная силой государства, для надзирающего – лишь рекомендация. У институтов гражданского общества отсутствуют властные полномочия, потому общественный контроль за неизбежным гарантированием конституционных прав и свобод не существует реально.

Общественная палата законодательно наделена полномочиями по осуществлению *общественного контроля* за деятельностью Правительства РФ и органов исполнительной власти (ст. 2. п. 4)⁷, но содержание общественно-контрольной деятельности и властные полномочия в законе не прописаны, что приводит к декларативности возложенных на нее обществом задач.

Обеспечить действие механизмов международно-правовой защиты прав человека в России может конституционно-правовой механизм обеспечения прав и свобод человека⁸ (далее – КМО), предлагаемый автором и определяемый им как система, основанная на конституционных принципах-гарантиях, объединяющая государственные и общественные институты, выполняющие правозащитные и правоохранные функции, реализуемые в форме различных процедур, обеспечивающие соблюдение режима конституционной законности демократией правозащитных, профессиональных, независимых организационно и экономи-

чески институтов гражданского общества, члены которых, обладая профессиональным знанием права, способны использовать власть права при нарушении основного закона органами системы публичной власти в интересах всего гражданского общества⁹. В преамбуле Всеобщей декларации прав человека утверждается о необходимости охраны прав человека «властью закона»¹⁰. Подчинение власти праву достигается только путем контроля над ней¹¹. Для использования власти права в коллизиях, возникающих между государством и обществом, публичной властью и человеком, требуется его профессиональное знание.

На сегодняшний день в обществе нет института, который мог бы эффективно контролировать реальное обеспечение конституционных прав и свобод системой публичной власти. Институты гражданского общества не наделены властными полномочиями, но государственные органы обязаны подчиняться закону и соблюдать Конституцию РФ, руководствуясь при решении коллизионных вопросов конституционными принципами-гарантиями.

Общество не может уполномочить какую-либо отдельную организацию контролировать правоприменительную деятельность власти, но может делегировать это право своему институту. Его члены должны знать право не хуже государственных правоприменителей и поэтому способны осуществлять демокрию за обеспечением конституционных прав и свобод человека со стороны власти. Демокрия за обеспечением конституционных прав и свобод должна быть профессионально-правовой, реализуемой путем взаимодействия с властными структурами, имеющими контрольные полномочия, под продолжающимся общественным надзором институтов гражданского общества. Более того, информация о самих фактах нарушения конституционных прав и свобод должна поступать непосредственно гаранту Конституции РФ – президенту через подчиняющийся ему напрямую специально созданный Комитет (аппарат) Конституционного общественного надзора, предлагаемый автором¹². Власть, основанная на знании права, при его нарушении не достаточно для восстановления самого права.

Целями правозащитных институтов гражданского общества являются: соблюдение прав человека и демократических свобод, сочетание прав и свобод с ответственностью человека перед обществом, эффективный общественный надзор за конституционностью деятельностью всей системы публичной власти, формирование культуры сотрудничества на основе принципов партнерства между органами власти и организациями гражданского общества и их дальнейшей интеграции.

Реализация этих целей до сих пор не обеспечена государством, а гражданское общество не потребовало передачи ему хотя бы ограниченных надзорных функций в области обеспечения конституционных права и свобод человека.

Зафиксировав в ч. 1 ст. 48 Конституции РФ волю народа, гарантировав каждому право на получение квалифицированной юридической помощи, в том числе в некоторых случаях бесплатно, приняв закон об адвокатуре, признав ее институтом гражданского общества (ст. 3), государство существенно расширило официальное признание сферы действия адвокатуры. Сравнительный анализ трех статусов адвокатуры профессии адвокат (ст. 1), профессионального сообщества адвокатов (ст. 3) и института гражданского общества (ст. 3), позволяет прийти к выводу о том, что субъектом адвокатской деятельности является лишь адвокат, а адвокатура, в ее организационном двуединстве (корпорация и институт), осуществляет правозащитную деятельность, разграничиваемую по объектам защиты и функциям. Для корпорации объект – интересы адвокатов, а для института – интересы всего гражданского общества.

Необходимость адвокатуры фактически создается государством и подтверждается прямым конституционным регулированием ее деятельности (статьи 48, 72 «л») и косвенным, связанным с деятельностью судебной системы (статьи 2, 18, 22, 24, 46, 47, 50). Принципиальное отличие адвокатуры как института гражданского общества от общественных объединений состоит в конституционно признанной функции защиты неограниченного круга физических и юридических лиц, нуждающихся в квалифицированной юридической помощи, а главное самого гражданского общества. Общественные объединения адвокатов способны выйти за рамки своих корпоративных интересов и представлять адвокатуру как один из передовых институтов гражданского общества, способный эффективно реализовать профессионально-правовую демокрию, выполняя следующие общественно значимые публичные функции: 1) защита общества в лице неограниченного круга лиц; 2) общественный надзор за соблюдением конституционных прав и свобод и соблюдением законов; 3) публичное присутствие в качестве представителя гражданского общества в государственных органах; 4) гарант доверительного взаимодействия общества и власти; 5) содействие формированию общественного правосознания; 6) воспитание нравственности и профессионализма, в первую очередь, у доверителей и студентов-практикантов; 7) социально-педагогическая, реализуемая путем создания стажирован-

ной школы адвокатуры, обучающей навыкам юридической практики всех без исключения будущих юристов; 8) просветительская (центры правовой помощи, консультации, лекции для населения); 9) медиаторная, (обязательное предварительное урегулирование спора при наличии у сторон спора представителей-адвокатов, во внесудебном порядке)¹³.

¹ Прим автора: Принцип-гарантия не просто гарантированный конституционный принцип, а неизбежно обеспеченный действием конституционно-правового механизма обеспечения прав и свобод человека.

² Прим авт.: Полагаю правильным разделять понятие «государство» и «деятельность чиновников» и согласиться с М.Н. Марченко, подчеркивающим, что функции государства не следует отождествлять с функциями его отдельных органов или же государственных организаций. *Марченко М.Н.* Взаимодействие государства и гражданского общества: вопросы теории // Государство и гражданское общество: правовые проблемы взаимодействия: сборник статей Международной НПК г. Туапсе: Изд-во ТГУ, 2007. С. 11.

³ *Валадес Д.* Контроль над властью. М., 2006. С. 23.

⁴ См., например: *Колоколов Н.А.* Судебная власть: о сущем феномена в логосе. М., 2005. С. 187–188.

⁵ Прим автора: Под обеспечением понимается неизбежность гарантирования соблюдения всеми без исключения конституционных принципов-гарантий путем взаимодействия органов системы публичной власти и особых институтов гражданского общества как субъектов КМО.

⁶ См.: Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть // отв. ред. Б.А. Страшун М.: БЕК, 1996. С. 72; *Чиркин В.Е.* Конституционное право зарубежных стран. М.: Юрист, 1997. С.43–48; *Еременко Ю.П.* Контроль за конституционностью законов в СССР // Труды высшей следственной Школы МВД СССР. Волгоград, 1969. Вып. 1. С. 107; *Коток В.Ф.* Конституционная законность, конституционный надзор и контроль в СССР // Вопросы советского государственного (конституционного) права: труды. Т. 82. Вып. 2. Ч. 2. Иркутск, 1972; *Шульженко Ю.Л.* Правовая охрана Конституции. М, 1991. С. 6; *Насырова Т.Я.* Конституционный контроль. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1992. С. 16; *Златопольский Д.Л.* Контроль за соблюдением конституции и конституционный суд в странах Восточной Европы // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 1998. №2. С. 39.

⁷ Федеральный закон «Об Общественной палате РФ» от 16 марта 2005 года. (в ред. федеральных законов от 27.12.2005 №195-ФЗ, от 30.06.2007 №121-ФЗ) // справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

⁸ Прим. автора: человека, подразумевая человека, гражданина, индивида, личности.

⁹ *Либанова С.Э.* Адвокатура Российской Федерации механизме конституционной защиты прав: монография. Курган: Изд-во Курганского пограничного института ФСБ РФ, 2009. С. 243, 239.

¹⁰ Всеобщая декларация прав человека / ООН. Официальные отчеты первой части третьей сессии Генеральной Ассамблеи. СПб.: Регион-Про, 2004.

¹¹ См.: *Панарин А.С.* Глобальное политическое прогнозирование. М., 2002. С. 10–11; *Лучин В.О., Боброва Н.А.* Конституционный строй России: основные политико-правовые характеристики // *Право и политика.* 2003. №10. С. 27.

¹² См: *Либанова С.Э.* Конституционно-правовые основы деятельности адвокатуры в обеспечении прав и свобод человека в Российской Федерации: монография. Курган: Изд-во Курган. гос. ун-та, 2010.

¹³ *Либанова С.Э.* Адвокатура Российской Федерации механизме конституционной защиты прав: монография. Курган: Изд-во Курган. погран. ин-та. ФСБ РФ, 2009. С. 243, 239.

И. Марино

Фонд “Osservatorio Russia”

КОНСТИТУЦИОННОЕ СОВЕЩАНИЕ И РАЗРАБОТКА КА КОНЦЕПЦИИ РОСПУСКА ГОСУДАРСТВЕННОЙ ДУМЫ ФС РФ¹

Прошло уже 20-летие с начала конституционного процесса постсоветской России, когда Съезд народных депутатов 16 июня 1990 г. принял постановление об образовании Конституционной Комиссии для разработки новой Конституции России. Данный орган работал более трех лет над официальным проектом Конституции РФ. Но, как известно, в 12 мая 1993 г. Президент РФ Б. Н. Ельцин издал указ «О созыве Конституционного Сопещения и завершении подготовки проекта Конституции Российской Федерации», в результате чего реформы шли по другим «конституционным рельсам».

В этой статье попытаемся дать историко-юридический анализ концепций основных принципов института роспуска ГД, разработанных участниками КС.

Стенографический отчет КС позволяет выяснить политические, конъюнктурные условия работы совещательного органа при Президенте РФ над проектом Основного Закона страны статьей о роспуске ГД, которая обсуждалась особо интенсивно, фактически больше всех других статей.

© Марино И., 2010

Внимательный учет реальной тогдашней исторической, политической обстановки в России 1993 г. – обязательное условие для проведения более полного и правдивого анализа самого текста Конституции в общем, и в частности отдельного положения о роспуске ГД.

Роспуск ГД² предусмотрен Конституцией в трех известных четко зафиксированных обстоятельствах. Статья 111/1 Основного закона РФ устанавливает, что Председатель Правительства РФ назначается Президентом РФ с согласия Государственной Думы. Но дальше (ст. 111/4) установлено, что в случае трехкратного отклонения представленных кандидатур Председателя Правительства Государственной Думой Президент РФ назначает Председателя Правительства РФ, распускает Государственную Думу и назначает новые выборы.

При этом Президент немного играет с Государственной Думой, это игра возможных его разных симуляций с кандидатурами, это многоэтапная «игра в одобрение кандидатуры» на пост Председателя Правительства. Серьезных, настоящих последствий (за исключением для самой Государственной Думы в случае роспуска) могут не быть, все зависит в конечном итоге только от воли одного Президента РФ.

Авторы Конституции дали «шанс» Государственной Думе «позволить себе» дважды употреблять право не одобрить кандидатуру Президента на пост Председателя Правительства, но третий раз в рамках выше проиллюстрированного «голосования-ультиматума» эта «конституция иллюзия»³ уже быстро, почти незаметно, превращается в «злоупотребление» своим «правом» отклонить трижды президентскую кандидатуру (кстати, самый настоящий гротеск - может предлагается трижды одна и та же кандидатура). Здесь демаркационная линия между правом и «злоупотреблением» правом очень тонкая, на последнем этапе этого процесса фактически нулевая.

Интересно отметить, как разработчики Конституции установили, что роспуск ГД в этом конкретном случае оформлен не просто как право Президента, а как прямая юридическая обязанность. Здесь Президент поставлен в «неальтернативное положение», он «обязывается» осуществить несколько его прав одновременно: «назначает Председателя Правительства, распускает Государственную Думу и назначает новые выборы» (ст. 111/4 К. РФ).

Подчеркнем, во-первых, что президентская санкция целенаправленна в одностороннем порядке против одного законодательного органа. Во-вторых, кандидат в третий раз (не важно, что был уже предложен первый и второй раз), либо представлен впервые, станет Председателем Правительства просто так: конституционная абракадабра!

Любопытно подчеркнуть, как было выдвинуто на КС интересное предложение, предусматривающее ответственность самого Президента РФ в случае злоупотребления его правом на роспуск ГД в связи с повторным отклонением кандидатуры на должность Председателя Правительства: «В случае если после выборов нового состава Федерального Собрания, повторно внесенная Президентом кандидатура на должность Председателя Правительства будет вновь отклонена, то Президент уходит в отставку». Своевременно и справедливо постарался поддержать суть этой поправки В. Л. Шейнис: «Какие есть соображения по этой поправке? Если я правильно понимаю, то смысл этой поправки таков: Президент распустил Федеральное Собрание, народ выбрал новое Федеральное Собрание, Президент представляет ему кандидатуру, Федеральное Собрание отвергает его кандидатуру, но Президент с этим не считается и настаивает на этой кандидатуре. Там в соответствии со ст. 106 он может принимать решение о новом роспуске Федерального Собрания, а здесь, наоборот, он уходит в отставку. Вообще, мне эта поправка кажется разумной потому, что нельзя делать парламент заложником воли Президента...»⁴.

Но, как известно, и эта попытка обезопасить парламент от возможного роспуска не прошла, и вышеуказанное положение о дополнительном случае возможной отставки Президента РФ не нашло отражения в Конституции РФ⁵.

Еще роспуск ГД предусмотрен в ст. 117/3 К. РФ: «Государственная Дума может выразить недоверие Правительству РФ... После выражения Государственной Думой недоверия Правительству российской Федерации Президент Российской Федерации вправе объявить об отставке правительства российской Федерации либо не согласиться с решением Государственной Думы». Далее норма устанавливает, что «в случае если Государственная Дума в течение трех месяцев повторно выразит недоверие Правительству Российской Федерации, Президент РФ объявляет об отставке Правительства либо распускает Государственную Думу».

Опять здесь авторами Конституции была придумана только «игра в выражение недоверия», то же самое – это акт без обязывающей силы, в итоге серьезных последствий может не быть вообще (за исключением тех для самой ГД в случае роспуска), опять все зависит от воли одного Президента РФ. В этом случае ответственность перед Президентом РФ – инвариантно стоит, может, изменится адресат санкционирования: Государственная Дума либо Правительство.

Опять авторы Конституции «управомочили» Государственную Думу принять «в полном объеме» решение (без обязывающей силы) о

недоверии Правительству. Но и здесь демаркационная линия между правом и «злоупотреблением» правом очень не значительная. Если в рамках установленного срока все это повторится, тогда все может закончиться также достаточно гротескно с возможным роспуском Государственной Думы.

На Конституционном Совещании другая позиция была у Б.А. Страшуна, который, в случае повторного недоверия Правительству, допускал возможный роспуск Парламента, но при этом был намерен сильно укрепить позиции Парламента и фактически создать реально действующие элементы парламентской формы правления: «У меня есть предложение все-таки взять модель конструктивного вотума недоверия. Если Государственная Дума выразила недоверие Правительству, она в этом случае пусть тогда изберет нового Премьера, который будет опираться на поддержку большинства. Если она его не избрала, Президент может распустить Государственную Думу»⁶.

Еще последнее обстоятельство, в рамках которого Президент вправе даже в более коротких темпах «спровоцировать» роспуск оперативно, действительно, быстро (всего максимум за одну неделю!), предусмотрено в ст. 117/4: «Председатель Правительства РФ может поставить перед Государственной Думой вопрос о доверии Правительству РФ. Если ГД в доверии отказывается, Президент в течение семи дней принимает решение об отставке Правительства РФ или о роспуске ГД и назначении новых выборов». Здесь также ответственность перед Президентом РФ – инвариантна, то же самое, может измениться пассивный субъект ответственности: Правительство либо (и скорее всего именно)⁷ Государственная Дума.

Администрация Президента РФ в лице А.В.Маслова (Начальник отдела Государственно-правового управления Президента РФ) «пролоббировала» на КС существенный элемент политического давления на Парламент: «... У нас тут может еще такая возникнуть ситуация. Правительство, получившее одобрение своей программы, предлагает конкретную меру, которая парламентом оспаривается. Конкретный законопроект, допустим, который необходим для выполнения этой программы. Правительство может сказать: «Вы нашу программу одобрили. Раз вы не одобряете конкретные меры, то увольняйте нас сами в отставку». Лишив Правительство права обратиться с вопросом об отставке к Государственной Думе, мы лишаем Правительство одного из возможных элементов политического давления на Парламент. Вряд ли это целесообразно»⁸.

В этих последних двух случаях возможного роспуска ГД, Президент «обязывается» принять решение об ответственности, но здесь поле

действий, «поле санкционирующих действий» шире и в альтернативном порядке, либо роспуск ГД, либо отставка Правительства.

Роспуск ГД, во всех проиллюстрированных возможных осуществлениях, представляя собой как самую яркую, значительную, громкозвучавшую меру ответственности, возложена Президентом РФ на Парламент, точнее, только на одну палату из двух.

Как эту меру ответственности можно охарактеризовать? Роспуск Государственной Думы – санкция политической или юридической ответственности? Или политюридической ответственности?

Безусловно, возможный роспуск ГД – это в приоритетном порядке политическая воля Президента «наказать» парламентариев, по всей видимости, оппозиционно-настроенных. Ее процедура реализуется в рамках четко урегулированных Конституцией обстоятельств.

Любопытно, что на КС авторы Конституции в окружении первого Президента РФ старались «подавать» и оправдывать роспуск ГД не столько как решение чисто политического характера, а как решение, связанное с некими «юридическими фактами».

А.Я. Слива (заместитель начальника государственного правового управления Администрация Президента РФ) попытался убедить коллег о состоятельности юридического составляющего института ответственности в вопросе роспуска: «...роспуск Федерального Собрания связан с конкретными юридическими фактами...»⁹.

Здесь уместный другой закономерный вопрос: может Президент, в рамках своего стратегического политического плана, искусственно создать условия, юридическо-обязывающие для роспуска Парламента? Ответ, безусловно, положительный и давно известен! По тогдашнему удивительному самопризнанию и по верному суждению самого Руководителя Администрации Президента РФ С.А. Филатова на КС, это больше, чем возможно.

«Действительно, возникает вопрос принципиальный, что меня в этой схеме волнует больше всего, – может наступить такая ситуация, при которой Президент искусственно может создать условия для роспуска парламента...»¹⁰.

Авторы Конституции, близкие к первому Президенту Б.Н.Ельцину использовали положение Президента гаранта Конституции, с особым статусом некоего «высшего арбитра в последней инстанции», чтобы оправдать применение нужной ему высшей санкции ответственности к Парламенту прямым роспуском.

Роспуск Парламента рассматривается некоторыми авторами Конституции, в том числе как некая естественная санкция в последней ин-

станции и оправдывалась как «оптимальный» способ решения, возможно возникающих кризисов.

Здесь можно сослаться на «стратега антикризисных ситуаций» А.А. Котенкова (Начальник государственного правового управления Администрации Президента РФ) на КС: «...Президент, как вы поймете из дальнейшего текста, является арбитром в спорах между государственными органами. Если возникает конфликт, Президент выступает в качестве арбитра. Это первая форма разрешения кризиса.

Если вмешательство Президента в качестве арбитра не достигает цели, Президент обращается в Конституционный Суд. Это вторая форма разрешения кризиса. Могут быть и иные формы. Если и они не достигают конечного результата, Президент вправе применить роспуск парламента...». По Котенкову – единственное правильное, эффективное решение любого государственного кризиса – роспуск Парламента¹¹.

Еще роспуск парламента рассматривается другим, близким к первому Президенту РФ автором Конституции, А.А. Собчаком как возможная «дисциплинарная» санкция юридической ответственности за невыполнения конституционных обязанностей «недисциплинированных» депутатов.

Приводим тогдашнее теоретическое обсуждение вопроса А.А. Собчака: «...У меня есть предложение. Еще раз вернуться и всем подумать над этой формулой. Может быть, эта формула, когда парламент не выполняет своих конституционных обязанностей, пример – постоянное отсутствие кворума, распускается?...»¹².

Опять неслучайно А.А. Котенков, «ангел-хранитель» интересов Президента РФ, особенно первого Президента РФ, начал «фантазировать» и творить «резервные», «запасные» источники ответственности Парламента, он, в частности представил себе институт утверждения бюджета не как право Парламента, а как его прямую безусловную обязанность, не выполнение которой должно было автоматически «спровоцировать» соответствующую санкцию со стороны гаранта Конституции-«гаранта бюджетной дисциплины» «... при условии, что Президент в установленном законом порядке внес проект бюджета, а бюджет не утвержден»¹³.

Была им сделана попытка - превратить «по необходимости» Государственную Думу в потенциальный нарушитель нормы процедуры утверждения бюджета – и тогда в субъект бюджетной ответственности, над которым всегда висит заранее подготовленное тактичное предостережение и соответствующая санкция бюджетной ответственности. Логика давно всем известна: «предупрежден, значит вооружен!».

Любопытно по этому поводу отметить, как компетенция определенных органов в сфере бюджета определилась не с точки зрения оптимального решения, лучшего, возможно, достигаемого результата в бюджетной политике страны, а опять как «технический» способ – «тактический» повод добиться основного результата: роспуска Государственной Думы, т.е. потенциальной санкции для парламентариев представляющих политические партии, может быть, оппозиционно настроенных к Президенту. Необходимо сослаться на стенографический отчет КС. Пришлось Министру Правительства Б.Н. Ельцина М.А. Федотову позаботиться о том, чтобы снять все «технические» препятствия для полной реализации роспуска Государственной Думы. Ради роспуска Министр был готов радикально перевернуть все государственные механизмы бюджетно-налоговой политики страны: «...Уважаемые коллеги! У меня такое есть соображение. Дело заключается в том, что нам предстоит еще решать вопрос, по каким основаниям и в каком порядке может иметь место роспуск Государственной Думы. Если мы федеральный бюджет и налоги относим к совместному ведению палат, следовательно, бюджет не может быть основанием для роспуска Государственной Думы. А вопрос о бюджете имеет принципиальное значение. Поэтому, может быть, вопрос о бюджете вместе с налогами передать в Государственную Думу? И тогда аналогично будет решение вопроса о роспуске в связи с неутверждением бюджета»¹⁴. В результате возможное решение вопроса о роспуске было найдено!

Если, с одной стороны, Администрация Президента РФ на КС, в лице тех же самых: Филатова С.А. и нижестоящих по порядку А.А. Котенкова, А.Я. Сливы, А.В. Маслова и всех остальных представителей ее пирамидальной номенклатуры, старались максимально «диверсифицировать» всевозможные варианты роспуска ГД, с другой стороны, поступали и предложения ограничить данное право Президента, даже были сделаны предложения вообще не предусмотреть в пользу Президента такого существенного права, как роспуск ГД.

Пришлось коммунисту О.О. Миронову¹⁵ элегантно напомнить «филоамериканской лобби» Министра иностранных дел («курирующий дела иностранных государств в России») А. В. Козырева (Е.Т. Гайдар, С.М. Шахрай и сопрану), что даже в их любимой США роспуск не предусмотрен, не является то есть обязательным атрибутом «демократии»: «Если мы закрепим право Президента досрочно распускать парламент, это взорвет нашу Федерацию изнутри. Потому что мы предоставим Президенту право лишать мандата тех депутатов, которые избраны субъектами Федерации... Американский Президент не имеет права роспуска конгресса, и это нетипично для федеративных государств.

Поэтому, выступая за признание Президента главой государства, я полагаю, что он не должен досрочно распускать парламент с учетом федеративной природы нашего государства...»¹⁶. Коммунист не добился результата в этом случае, в порядке абсолютного исключения для «фило-американской лобби» на КС жестко действовал принцип «США нам не указ!».

Интересная по этому поводу позиция свободно размышляющего участника КС, Б.С. Эбзеева, который представлял норму о роспуске на долгосрочную перспективу, и предложил напрямую исключить это право: «Я все-таки предлагаю исключить это право, право роспуска парламента, из круга полномочий Президента Российской Федерации. Я очень боюсь, что, выступая с подобными предложениями сегодня, мы проецируем эти нормы и эти положения на ту ситуацию, которая сложилась сейчас на уровне федеральных властей. Но ведь мы работаем не на сегодняшний день, мы работаем на перспективу. Мы работаем не на конкретные личности, каковы бы ни были их фамилии – Ельцин, Хасбулатов, Черномырдин, Зорькин и т.д. Мы ведь работаем на перспективу»¹⁷. К сожалению, предложение Эбзеева показалось (с точки зрения интересов Президента РФ) малоперспективным!

М.В. Масарский, один из тех участников КС, который хорошо с самого начала себе представил, как его коллеги стали превращать роспуск в опасное оружие воздействия на парламент, своевременно предостерег: «Мы перекося сейчас обеспечили, мы сделали главой исполнительной власти все-таки главу государства. Значит, институт роспуска теряет смысл для обеспечения равновесия. Он становится опасным. Это будет инструмент воздействия на парламент, чтобы сделать послушным и законодательный орган, а это уже опасно. Поэтому ничто больше нам не мешает отказаться от института роспуска парламента»¹⁸.

Конституционные иллюзии таких «Дон-Кихотов», борющихся против роспуска ГД, столкнулись с горькими реалиями абсолютного их одиночества. Приходится грустно констатировать, как «в момент конституционной истины», т.е. когда вопрос об исключении из полномочий Президента досрочного роспуска Федерального Собрания был поставлен на голосование в рабочей комиссии Кс Ю. Ф. Яровым, был найден в этом не простом пути один только «энтузиаст»: «... Исключить из полномочий Президента досрочный роспуск Федерального Собрания. ... Кто поддерживает это? Один»¹⁹.

Стали тогда обсуждаться более реалистические предложения об ограничении роспуска. На КС в 1993 г., как известно, год чрезвычайно конфликтный, авторы Конституции, видимо, предвидели, предугадали, что роспуск Парламента мог стать особо «перспективным» институ-

том²⁰, мог «пользоваться большим спросом» со стороны Президента РФ. Следовательно, были сделаны предложения подстраховаться от излишних возможных употреблений на будущее этого стратегического политического оружия.

Посмотрим, какие были тогдашние их прогнозы, гипотезы о перспективах роспуска Парламента. Конкретно была рассмотрена норма, ограничивающая Президента РФ, – за срок своих полномочий имел право не более трех раз распускать Федеральное Собрание. В случае третьего решения о роспуске – тяжелейшая санкция – «внеочередные выборы Президента»²¹. Интересно отметить, как данная концепция нашла даже последовательного нормативного содержательного развития, т.е. излишнее использование данного права Президентом могло автоматически «спровоцировать» «контрответственность» самого Президента РФ.

Пришлось, естественно, сильнейшему лидирующему «лобби» Администрации Президента РФ на КС, в лице А. Я. Сливи, давать указания-директивы «рекомендательного характера» не ограничить Президента в «кризисных обстоятельствах»: А. Я. Слива: «Четвертая группа предлагала дополнить фразой, что за срок своих полномочий Президент имеет право по своей инициативе распускать Федеральное Собрание не более двух раз. Мы рекомендуем отклонить это предложение, поскольку роспуск Федерального Собрания связан с конкретными юридическими фактами – правительственным кризисом, кризисом власти и так далее»²². «Рекомендации» Администрации Президента оказались убедительными и результативными: ограничения для Президента РФ были оперативно отклонены!

Конечно, тогда в Администрации Президента выступали за потенциальное неограниченное количество роспусков во время мандата Президента, а не наоборот.

Можно принять к сведению, как была сделана иная последовательная, концептуальная попытка ограничить право Президента на роспуск ГД. Т.Г. Морщякова сильно и обоснованно аргументировала свою личную позицию: «Я хотела бы сказать, что у меня тоже вызывает большие сомнения возможность распускать Парламент в случаях недоверия правительству. Мы ведь с вами заложили какой механизм? Что Правительство формируется практически Президентом, там есть только какие-то небольшие консультации, но Председателю требуется согласие. Но по всем министрам согласие не требуется, значит, это функции сформировать свое Правительство».²³ Но и эта справедливая позиция вышеуказанного автора Конституции не нашла на своем пути единомышленников!

Обсуждались еще иные возможные ограничения роспуска Парламента. Некоторые были введены, хотя в поправленной версии в Конституции. Например, была введена норма, предусматривающая: «Государственная Дума не может быть распущена с момента выдвижения ею обвинения против Президента Российской Федерации до принятия соответствующего решения Советом Федерации» (ст. 109/4 К РФ).

Ссылаемся на соответствующий дебат на КС, А.Я. Слива: «...у нас есть формула, что запрещается роспуск Федерального Собрания после того, как выдвинуто в соответствии с настоящей Конституцией обвинение против Президента Российской Федерации».

Подключился к обсуждению данной статьи С.А. Филатов, который сам признал: «Мы договорились поправить ее, в том числе учесть ситуацию, связанную с процедурой импичмента. Иначе начнутся спекуляции. Мы это все отчетливо видим. Если сейчас прошли машины с солдатами и на основании этого следует обвинение... Вы помните, как была введена статья в Конституцию, которая объявляла Президента нарушителем только за то, что он какое-то лишнее слово сказал»²⁴.

Итак, С.А. Филатов был намерен подстраховаться от «депутатов-спекуляторов», на базе своего накопленного опыта всем посоветовал учиться на ошибках. И постараться избежать того, что Президент «многословный» мог стать просто так правонарушителем!

Пришлось кому-то оптимизировать, поправить статью. Интересно констатировать, как среди других возможных версии этой статьи рассматривалась возможность нейтрализовать право Президента на роспуск еще раньше, с самого начала, т.е. с момента созыва специальной парламентской Комиссии.

Но о противодействиях таких возможных разработок, пунктуально на разных этапах работы КС, заботились везде преуспевающие А.А. Котенков и Я.М. Яковлев. Первый диктовал правила конституционной игры: «Срок начинает отсчитываться с того момента, когда две трети депутатов проголосовали за выдвижение обвинения. Все, что проходило до этих пор, - они могут хоть всю жизнь создавать комиссии, - это никакого отношения к делу не имеет. Но когда Государственная Дума двумя третями выдвинула обвинение, с этого момента вступает в силу ст. 105, когда Президент не вправе распустить Думу...».

А.М. Яковлев в оперативную поддержку А.А. Котенкова максимально стал защищать возможности Президента в вопросе роспуска Государственной Думы: «...парализовать право Президента на роспуск только лишь инициированием процедуры отрешения от должности и созданием комиссии - это слишком мало для того, чтобы лишить его

этого существенного права. Две трети палаты – это серьезно, тут его можно лишить права роспуска Государственной Думы»²⁵.

Все-таки вышеуказанное ограничение, хотя в какой-то поправленной форме (о которой может нам подробнее лучше всех рассказать один С. А. Филатов) и некоторые другие разнокачественные ограничения к процедуре роспуска в Конституции были предусмотрены, например, в ст. 109/3-4-5 К. РФ²⁶.

Вышепроиллюстрированные выбранные нами стенографические отчеты представляют, в достаточной степени, как нам кажется, основные дебаты авторов Конституции на КС об одном из ключевых конституционных положений Основного закона 1993 г.: об институте роспуска ГД.

Политическая практика в России показывает, что после принятия Конституции РФ 1993 г. право на роспуск ГД Президентом РФ вообще не было применено.

Все-таки, по нашему мнению, право Президента РФ на роспуск ГД – остается, безусловно, одним из важнейших, запасных-резервных «конституционных оружий» в руках Главы Государства. Результативность его прямого применения максимальная и всем очевидна, но его существенная стратегическая значимость, его реальная сила состоит в самой реальной, тактической «угрозе» его возможного применения на депутатов. Это также дает Президенту РФ во время своего мандата реально ощутимую пользу. Существует настоящий «скрытый» потенциал в его предварительном постоянном давлении на депутатов ГД, которым приходится адекватно подстраховаться. Конституционное положение о роспуске ГД, созданное участниками КС, многоаспектное, многозначимое.

Причины такого конституционного положения можно и, наверно, надо объяснить посредством историко-юридического анализа. Ни для кого не секрет, что Конституция РФ 1993 г., приспособленная под первым Президентом РФ, у которого срок первого мандата должен был завершиться только в 1996 г. и поэтому с 1994 г. сохранял свой пост Президента РФ и продолжал действовать уже на основании новой Конституции РФ. Основной закон страны – это прямой результат той острой политической борьбы 90-х гг. со всеми вытекающими последствиями в пользу победителя на поле битвы: первого Президента РФ.

И вот именно для того, чтобы понять первопричины возникновения такой статьи Конституции, такого достигнутого результата, мы считали приоритетным попытаться воссоздать по-настоящему объективную картину того, как авторы Конституции в 1993г. желали урегулировать институт роспуска ГД.

Мы считаем, что внимательный анализ стенографического отчета Конституционного совещания и не менее важного стенографического отчета Конституционной комиссии, которая в июне 1990 г. дала существенный импульс всему конституционному процессу, – это приоритетное направление для комплексных исследований не только истории конституционных процессов 90-х гг. в России, но одновременно для более адекватного изучения и понимания содержания Основного Закона России.

Поэтому мы считали правильным вернуться в дебаты КС, когда эти нормы создавались²⁷. Каждая норма Конституции РФ имеет свое собственное значение, свои корни, свое отдельное и общее развитие ее создания.

Интерпретация данных конституционных положений может, конечно, расходиться, если в понимаемом нами (простыми читателями Конституции) смысле, конституционное положение может иметь одно значение, в понимаемом ими (разработчиками Конституции) смысле, то же самое конституционное положение, могло иметь немного другое значение и поэтому другое направление, другие цели.

Много позиций, концепций, разработок участников КС, авторов Конституции РФ осталось, естественно, только на уровне стенографического отчета КС для его будущих читателей. Но адекватный учет этого ценного первоисточника поможет разобраться в тогдашних интересах, планах, реальных интенциях авторов Конституции в 1993 г.

Автор не ставил перед собой цель – давать качественную оценку конституционных положений о роспуске ГД и давать классические традиционные «сентенции» западных обозревателей, что «более правильно» и что «менее правильно» в данном конкретном конституционном положении и в президентской форме правления в России.

Предпринята попытка, с точки зрения права, назвать конституционные положения института роспуска ГД своими объективными собственными конституционным именами.

Настоящая задача перед нами поставлена – подчеркнуть важность исторического метода и последовательно предложить альтернативный историко-правовой анализ, открывающий настоящие намерения разработчиков конституционных положений, в частности концепции принципа роспуска ГД Президентом РФ.

И последняя, может быть, самая важная задача - давать конструктивный импульс в актуальной начатой уже отечественными конституционалистами дискуссии о необходимости создания историко-правового комментария Конституции РФ Российской Федерации. Прошло 20 лет с начала конституционных процессов в России, настало вре-

мя приготовить такой важнейший комментарий. Желательно, чтобы принимали участие и члены Конституционной комиссии и участники Конституционного Сопровождающего Собрания. Важно, чтобы в нем отражались для соблюдения принципа *par condicio* разнообразные точки зрения, пусть взаимоисключающие даже позиции всех участников конституционных процессов начала 90-х гг. в России, членов Конституционной Комиссии и участников Конституционного собрания: от С.А. Филатова до Р.И. Хасбулатова, от М.А. Митюкова до С.Н. Бабурина, от С.М. Шахрая до О.Г. Румянцева. Каждый из них, как непосредственный участник конституционных событий, естественно даст свою версию событий, будет акцентировать внимание на одни, а не на другие детали, даст свой личный комментарий о главном вопросе «кто был прав!» в конституционном процессе России. Подобный историко-правовой комментарий Конституции РФ был бы, несомненно, чрезвычайно важным и внес бы безусловную пользу нам, самым читателям. Таким образом, создавались бы необходимые условия для того, чтобы мы сами смогли более адекватно проанализировать настоящую, объективную картину событий создания Конституции РФ в 90-х гг. и попробовать давать уже свои личные оценки в вопросе «кто есть кто!» в конституционном процессе России.

¹ Основные тезисы данной статьи были рассмотрены автором на X-ой Международной научно-практической конференции «Проблемы ответственности в современном праве». М.: Изд-во Моск. ун-та, 2009.

² Н.М. Колосова среди мер конституционного взыскания включает роспуск Государственной Думы. См.: Конституционная ответственность в российской Федерации. М., 2000. С. 135.

³ О «конституционных иллюзиях» см.: *Ковачев Д.А.* В. И. Ленин о конституционных иллюзиях // Труды ВНИИСЗ, 1968; *Д.А.Ковачев.* Проблемы конституционного права. М., Олита. 2003; *Ковачев Д.А.* Функция, задачи, компетенция, правоспособность Президента в европейских республиках // Конституционное право государств Европы. М., 2005.

⁴ См.: Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы (29 апреля – 10 ноября 1993 г.): В 20 т. М.: Изд-во Юридическая литература, 1995–1996. Т. 12. С. 201. (далее КС).

⁵ По Конституции РФ, ГД в течение года после ее избрания может быть распущена по основаниям ст. 111 (назначение Председателя Правительства), единственно установлено, что ГД не может быть распущена в течение года после ее избрания только на основаниях, предусмотренных в ст. 117 (выражение недоверия Правительству).

⁶ См.: КС. Т. 14. С. 40.

⁷ Здесь также поле тактических, резервных действий для Президента РФ, широкое и разнонаправленное, предусматривает разные комбинации. Одно возмож-

ное комбинированное действие: Президент РФ после предварительной договоренности со своим Председателем Правительства (которому только ему формально принадлежит право инициировать этот процесс) может добиться в конечном итоге им планируемого возможного роспуска оппозиционной ГД.

⁸ См.: КС. Т. 13. С. 55.

⁹ Конституционное Сопровождение. Стенограммы, материалы, документы. М., Юрид. лит. 1996. Т. 12. С. 336.

¹⁰ См.: КС. Т. 13. С. 22.

¹¹ См.: КС. Т. 13. С. 120.

¹² См.: КС. Т. 9. С. 366.

¹³ См.: КС. Т. 12. С. 342.

¹⁴ Тенденция к расширению первоисточников в силе возбудить процедуру роспуска парламента стала так безконтрольно укрепляться, что пришлось даже самому Филатову С.А. этот процесс немного затормозить. Здесь неким удивительным образом именно С.А. Филатов и совершенно обоснованно стал в порядке особого исключения защитником потенциальных прерогатив Парламента и признал недопустимость логики бюджетной ответственности: «Нет. Мы с вами договорились уже с самого начала, что бюджет не должен фигурировать в качестве причины для роспуска парламента. Это совершенно недопустимая вещь. Это значит – мы покушаемся на самую главную прерогативу парламента. Просто недопустимо» (КС. Т. 12. С. 430).

¹⁵ Справедливости ради необходимо выяснить, что О.О. Миронов был на Кс приглашен не как член политической партии, а в качестве представителя-эксперта от республик в составе КС (Саратовского юридического университета). Фактически это единственный представитель от КП РФ на КС, это случилось случайно! Как известно, на КС члены партии КП РФ, имеющей тогда большое количество депутатов в федеральном Парламенте, были фактически объявлены “*persona non grata*”. Это должно стимулировать открытую дискуссию о проблемах представительности самого КС в 1993 г.

¹⁶ КС. Т. 7. С. 179.

¹⁷ КС. Т. 7. С. 11.

¹⁸ КС. Т. 13. С. 66.

¹⁹ КС. Т. 3. С. 240.

²⁰ Через короткое время после этих теоретических обсуждений, неконституционным указом 1400 (признанный неконституционным Конституционным судом) был ликвидирован, распущен Президентом РФ Съезд Народных Депутатов и Верховный Совет.

²¹ За срок своих полномочий Президент имеет право по своей инициативе не более трех раз распускать Федеральное Собрание или отправлять главу Правительства в отставку. Третье решение о роспуске или отставке означает внеочередные перевыборы Президента // КС. Т. 3. С. 248.

²² КС. Т. 12. С. 336.

²³ КС. Т. 12. С. 349.

²⁴ КС. Т. 12. С. 356.

²⁵ Т. 15. С. 33.

²⁶ «Государственная Дума не может быть распущена в период действия на всей территории Российской Федерации военного или чрезвычайного положения, а также в течение шести месяцев до окончания срока полномочий Президента Российской Федерации» (ч. 3, ст. 109 Конституции). Кроме того, «Государственная Дума не может быть распущена по основаниям, предусмотренным ст. 117 Конституции Российской Федерации, в течение года после ее избрания» (ч. 4, ст. 109 Конституции). Это значит, что на основании ст. 111 (при назначении Председателя Правительства) Государственная Дума может, наоборот, быть распущена сразу после своего избрания.

Конституция РФ (ст. 92/3) устанавливает: «Исполняющий обязанности Президента РФ не имеет права распускать Государственную Думу...».

²⁷ Также очень важным является подробное изучение стенографических отчетов, материалов, документов Конституционной Комиссии, работающей с 1990 до 1993 г., которая несмотря на то, что была в определенный момент грубо заблокирована, смогла все-таки играть очень положительную роль в противоречивом процессе создания Конституции РФ в начале 90-х гг., см.: Из истории создания Конституции Российской Федерации. Конституционная комиссия. Стенограммы, материалы, документы (1990-1993): В 6 т. 1990 г. М., 2007.

Д.В. Мотовилова

Пермский государственный университет

МОДЕЛИ МЕЖБЮДЖЕТНЫХ ОТНОШЕНИЙ

Бюджетное регулирование представляет собой комплекс механизмов управления (регулирования) бюджетной системы в целях обеспечения ее сбалансированности. Главные формы регулирования — достижение вертикальной и горизонтальной сбалансированности этой системы.

Под вертикальной сбалансированностью понимается процесс устранения несоответствия между объемом обязательств каждого уровня власти по расходам с доходным потенциалом бюджетов всех уровней по вертикали: федеральный бюджет – бюджеты субъектов федерации – местные бюджеты. Целью вертикальной сбалансированности бюджетов является обеспечение финансовой базы для реализации расходных полномочий различных уровней власти.

Однако вертикальное выравнивание не решает всех проблем бюджетной сбалансированности. Необходимо, чтобы оно сочеталось с горизонтальной сбалансированностью бюджетов, под которой понима-

ется устранение несоответствия в бюджетной обеспеченности между бюджетами одного уровня (по горизонтали), вызванное объективными причинами. Горизонтальное выравнивание направлено на обеспечение стандартного, сопоставимого уровня потребления общественных услуг гражданами страны, независимо от отличий в доходной обеспеченности территории проживания, ее особых инфраструктурных, климатических и других объективных факторах. Горизонтальное выравнивание бюджетов еще называют межбюджетным выравниванием или межбюджетными отношениями.

Во всех редакциях Бюджетного кодекса Российской Федерации межбюджетные отношения определяются как отношения между органами власти различного уровня по вопросам регулирования бюджетных правоотношений, организации и осуществления бюджетного процесса.

Со многими характеристиками межбюджетных отношений, которые сформулированы исследователями данного вопроса, можно согласиться, однако при этом необходимо констатировать, что они все-таки также не в полной мере отражают всю сущность межбюджетных отношений. Во многих случаях речь идет об отношениях между органами власти, хотя межбюджетные отношения затрагивают коренные интересы всех граждан, проживающих в том или ином поселке, муниципальном районе или конкретном субъекте РФ. Межбюджетные отношения — это отношения не только между органами власти различных уровней управления, но и, прежде всего, между субъектами государства по поводу распределения через федеральный центр и, кроме того, перераспределения между их совокупностью и федеральным центром всех денежных средств, которые общество (население и предприятия) добровольно через налоговые и другие органы управления передают власти для выполнения ею конкретных функций, необходимых для нормального развития страны и создания нормальных условий развития самого общества. Наиболее точно соответствует задачам горизонтального выравнивания межрегиональных бюджетных различий способ обеспечения определенных объемов расходов по установленному перечню государственных услуг, реализуемый через механизм прямых платежей из центрального бюджета в бюджеты нижестоящего уровня. Прямые платежи (трансферты), в свою очередь, распределяются через два основных канала: непосредственно направляются в нижестоящие бюджеты или аккумулируются в специальном фонде с последующим распределением по территориям. Это позволяет объективно оценивать реальные потребности в финансовых средствах, унифицировать сам процесс предоставления централизованной финансовой помощи, делает его более прозрачным и доступным для контроля как со стороны центральных орга-

нов законодательной и исполнительной власти, так и со стороны получателей трансфертов.

Основным принципом формирования конкретных схем горизонтального выравнивания является принцип сохранения самостоятельности бюджетов нижестоящего уровня. В пределах своей компетенции органы власти территории должны самостоятельно принимать решение о финансировании определенных видов расходов. При этом бюджетные расходы должны наиболее точно отражать реальные предпочтения населения, живущего на данной территории. Высокая доля трансфертных платежей в расходах территориальных бюджетов свидетельствует о недостаточной сбалансированности бюджетов, высокой зависимости территорий от центральных органов власти.

Горизонтальное выравнивание посредством прямых платежей (трансфертов) из бюджета может осуществляться в различных формах, включая дотации, субсидии, субвенции, гранты. В экономической и законодательной практике на сегодняшний день отсутствует единое, общепризнанное определение сущности, общих черт и отличий перечисленных форм. Часто эти термины употребляются как близкие по содержанию или даже синонимы, что нельзя считать правильным. Для исследования сущности применяемых в разных странах схем выравнивающих трансфертов в практике следует обратить внимание на следующие особенности. Так, в настоящее время в мировой практике сложились следующие модели межбюджетных отношений.

Первая модель отражает опыт бюджетного федерализма в Германии. Она базируется на преимущественно совместном использовании основных видов налогов и ориентирована на выравнивание налогового потенциала как основного фактора сглаживания горизонтальных бюджетных диспропорций. Эта система является уникальной, поскольку, с одной стороны, базируется на активном долевым перераспределении налоговых доходов, а с другой – дополняется исключительно обусловленными грантами. Российская модель финансового выравнивания первоначально заимствовала определенные элементы из немецкой модели, в частности, акцент на выравнивание за счет поступлений налога на добавленную стоимость, подтягивание «налогового потенциала» (душевых бюджетных доходов) до 95% среднего уровня по стране.

Вторая модель представляется наиболее распространенной, в ней задействуются как безусловные выравнивающие трансферты, так и разнообразные обусловленные гранты. К бюджетным системам этой модели можно отнести существующие в Канаде, Австралии, Швейцарии и некоторых других странах. Система сбора налогов в Канаде консолидирована - все налоги собирает общее для всех уровней власти налого-

вое ведомство. Однако собранные средства распределяются далее по разным адресам. К примеру, подоходные налоги граждан идут в федеральный бюджет на финансирование федеральных программ и расходов. А налоги на недвижимость стопроцентно поступают в местные бюджеты, формируя их доходную часть. Иных источников местная власть не имеет, и мера ее богатства зависит оттого, сколько недвижимости имеется на подведомственных ей территориях. Если муниципальные органы, допустим, для увеличения налоговых поступлений, как у нас в России, попытались бы слишком увеличить налоговый пресс, владельцы недвижимости быстро начали бы распродавать ее и перебираться в другие регионы. А это привело бы к падению объема общих поступлений.

Для российской практики межбюджетного регулирования наибольший интерес представляют следующие элементы канадского механизма:

- выравнивание до средней, рассчитанной без учета наиболее высокодоходных и наиболее низкодоходных провинций, формирование специального стандарта выравнивания;
- использование различных элементов выравнивания в механизмах финансирования программ, непосредственно не нацеленных на выравнивание доходов местных бюджетов.

Американская модель межбюджетных отношений отличается высокой степенью децентрализации бюджетной системы. Она основана на четком разграничении бюджетно-налоговых полномочий между уровнями власти, включая разграничение налоговых источников (объектов налогообложения). Местные бюджеты обладают достаточно широкой финансовой самостоятельностью, но одновременно повышается ответственность местных органов власти за обеспечение населения необходимым набором услуг. Выравнивающее регулирование центра реализуется в основном в рамках федеральных программ социального развития. Для нашей экономики и бюджетной системы ценность представляет применение целевых грантов в рамках финансирования федеральных, региональных программ, предусматривающих решение задач по обеспечению населения стандартным набором государственных услуг. Опыт разработки, управления и финансирования подобных программ может быть использован в отечественной практике программного выравнивания межрегиональных финансовых дисбалансов.

Одной из наиболее сложных является японская модель выравнивающих трансфертов. Эта модель регулирует выравнивающие платежи или трансферты, передаваемые из центрального бюджета местным бюджетам. В самом общем виде выравнивающий трансферт определя-

ется как разность между базисными финансовыми потребностями и базисными финансовыми доходами, т.е. представляет собой сумму, недостающую тому или иному органу власти для покрытия базисных финансовых потребностей базисными финансовыми доходами. При этом ни базисные финансовые потребности, ни базисные финансовые доходы никак не связаны с фактическим исполнением территориальных бюджетов.

В основе выравнивающих трансфертов в Японии лежит расчет бюджета стандартной территории. Выделяются шесть основных категорий деятельности местных органов власти: охрана общественного порядка, общественные работы, образование, социальное обеспечение, содействие рынку занятости, развитие промышленности и экономики. Для каждой категории расходов определяются удельные издержки. На основании устанавливаемых удельных издержек определяются финансовые потребности стандартной территории. На следующем этапе финансовые потребности стандартной территории корректируются на специальные коэффициенты модификации.

Для Российской Федерации в явном виде ни одна из рассмотренных ранее моделей межбюджетных отношений в современных условиях не подходит. В то же время представляется, что синтез германской и канадской моделей может служить основой для построения бюджетной системы в России. Прежде всего это связано с тем, что в германской модели четко разграничены распределительные функции бюджетной системы. В условиях дефицита бюджетных средств вопросы распределительных отношений выступают на передний план. В канадской модели несомненный интерес представляют налоговая система и механизм выравнивания социально-экономических условий жизнедеятельности населения. Процесс формирования российской модели межбюджетных отношений, а следовательно, и бюджетного федерализма, прежде всего должен включать законодательное оформление трех приоритетных для России составляющих бюджетного устройства:

- совокупности механизмов нормирования доходного потенциала бюджетов всех уровней (а не только разграничения налоговых полномочий и доходных источников между органами власти различных уровней);
- комплекса мер по организации исполнения бюджетов всех уровней, ориентированных на формирование рациональной структуры расходов, на единую систему контроля за исполнением как доходной, так и расходной части всех бюджетов;
- системы межбюджетных отношений, включающей как механизм разграничения расходных и доходных полномочий и ответствен-

ности, так и взаимоувязанный комплекс методов оказания финансовой помощи субъектам РФ.

Н.В. Нечаева

Пермский государственный университет

К ВОПРОСУ О ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ ОБЩИН КОРЕННЫХ МАЛОЧИСЛЕННЫХ НАРОДОВ РОССИИ

Федеральный закон Российской Федерации №82-ФЗ от 30.04.1999г. «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации» предоставляет коренным малочисленным народом право создания особых объединений – общин коренных малочисленных народов.

Определение данного понятия содержится в Федеральном законе Российской Федерации от 20.06.2000 г. №104-ФЗ «Об общих принципах организации общин коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации» (далее – закон №104-ФЗ). Согласно ст. 1 указанного закона община коренных малочисленных народов Российской Федерации (далее – община коренных народов) представляет собой форму самоорганизации лиц, относящихся к коренным малочисленным народам и объединяемых по кровнородственному (семья, род) и (или) территориально-соседскому признакам, создаваемые в целях защиты их исконной среды обитания, сохранения и развития традиционных образа жизни, хозяйствования, промыслов и культуры.

Вопрос о моменте возникновения правосубъектности общин коренных народов представляется актуальным не только с теоретической, но и с практической точки зрения в силу того, что данные формирования являются способом организации оптимального порядка внутренней жизни народа, а также взаимоотношений с иными субъектами, в том числе с государством.

Правосубъектность традиционно рассматривается в качестве комплексной категории, состоящей из правоспособности и дееспособности.

Комплексный анализ законодательных норм приводит следующим выводам.

© Нечаева Н.В., 2010

Правоспособность общин коренных народов возникает с момента ее создания, решение учредителей о создании указного объединения является также основанием наделения последних частичной дееспособностью. Так, согласно ч. 3 ст. 3 закона №104-ФЗ община коренных народов считается созданной с момента принятия соответствующего решения ее учредителями. Созданная община подлежит обязательной государственной регистрации. Не зарегистрированная в установленном порядке община коренных народов обладает ограниченным объемом правомочий. В соответствии со ст. 19 закона №104-ФЗ община коренных народов вправе организовывать воспитание обучение детей ее членов исходя из традиций и обычаев этих народов, соблюдать религиозные традиции и обряды, осуществлять меры, направленные на содержание и охрану особых культовых мест.

Полная дееспособность данных объединений приобретает ими после прохождения государственной регистрации, то есть при наделении статусом юридического лица. Согласно ст. 6.1 Федерального закона Российской Федерации от 12.01.1996 г. №7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (далее – закон №7-ФЗ) община коренных малочисленных народов является одной из форм некоммерческой организации, то есть на деятельность общин коренных народов как юридических лиц в полной мере распространяются положения указанного закона. С данного момента община коренных народов наделяется всей совокупностью прав, предоставленных законом некоммерческим юридическим лицам, в том числе заключения трудовых договоров в качестве работодателя, а также ведения предпринимательской деятельности в соответствии с уставными целями.

Таким образом, правосубъектность общин коренных народов возникает с момента создания общин коренных народов. Однако полноправным субъектом права данные образования становятся только после прохождения ими государственной регистрации в качестве юридического лица.

В силу того, что закон №104-ФЗ наряду с предписанием произведения обязательной государственной регистрации общин коренных народов не установил конкретный для этого срок, существует возможность функционирования рассматриваемых образований без государственной регистрации и соответственно приобретения статуса юридического лица в течение неопределенного промежутка времени.

Считаем подобную законодательную конструкцию несовершенной и исходя из системного толкования норм закона №104-ФЗ, закона №7-ФЗ и ГК РФ полагаем необходимым распространение на них общих положений ст. 51 ГК РФ, согласно которой юридическое лицо считает-

ся созданным, а, следовательно, и получившим правоспособность и дееспособность со дня внесения записи о нем в единый государственный реестр.

Однако в целях предоставления большего количества гарантий общинам коренных народов, а тем самым улучшения их правового положения считаем возможным придать данным образованиям статус общественного объединения, то есть это добровольного, самоуправляемого, некоммерческого формирования, созданного по инициативе граждан, объединившихся на основе общности интересов для реализации общих целей, указанных в уставе общественного объединения (ст. 5 Федерального закона Российской Федерации №82-ФЗ от 19.05.1995 г. «Об общественных объединениях»).

Общины коренных народов обладают всеми основными признаками общественного объединения.

Община коренных народов является добровольным образованием, что проявляется в свободном характере ее создания и участия в ней. Так, ст. 8 закона №104-ФЗ прямо указывается, что общины малочисленных народов организуются на добровольной основе по инициативе лиц, относящихся к коренным малочисленным народам, достигшим возраста 18 лет, а также, что воля на вступление в общину должна быть выражена в виде письменного заявления либо записи в протоколе общего собрания общины. Самоуправляемость общин коренных народов выражается в самостоятельном решении всех внутренних вопросов, касающихся ее функционирования. Согласно ст. 5 закона №104-ФЗ деятельность общин коренных народов носит некоммерческий характер. Функционирование данных структур напрямую не направлено на извлечение прибыли и распределение ее между участниками, а имеет целью упрощение реализации специально предоставленных коренным малочисленным народам особых прав и гарантий.

Наделение общины коренных народов статусом общественного объединения делает возможным ее функционирование в качестве коллективного субъекта права без государственной регистрации, что значительно расширяет объем полномочий общины коренного народа, установленный ст. 19 закона №104-ФЗ, так как к правоотношениям с ее участием будут применимы нормы закона, регулирующие деятельность общественных объединений.

Считаем более целесообразным предоставление учредителям общины коренных народов возможности самостоятельного решения вопроса о необходимости прохождения государственной регистрации и участия в гражданском обороте.

Таким образом, предлагаем ликвидировать обязательность государственной регистрации общин малочисленных народов и изложить абз. 6 п. 3 ст. 8 закона №104-ФЗ следующим образом: «Община малочисленных народов считается созданной с момента принятия решения об их организации. Община малочисленных народов приобретает статус юридического лица после осуществления ее государственной регистрации. Решение вопроса о прохождении государственной регистрации относится к компетенции общего собрания общины малочисленных народов или ее учредителей».

А.С. Николаев

Н.С. Черкашова

*Институт государства и права Тюменского
государственного университета*

«VOTING AGE»¹

В последние годы наибольшее освещение, как в странах Евросоюза, так и в США, получил вопрос снижения возраста для участия в выборах.

В конституционно-процессуальной науке существует т.н. «возрастная теория», которая заключается в том, что эффективным механизмом повышения гражданской сознательности и политической активности молодежи является снижение избирательного возраста.

Избирательный возраст – минимальный возраст, установленный законом для возникновения активного и пассивного избирательного права. Считается, что минимальный возраст, установленный законом, отражает способность личности адекватно оценивать политическую обстановку и ответственно подходить к своему выбору. Большинство стран, подчеркивая важность и исключительность этого права, закрепляют его на конституционном уровне.

В настоящее время традиционным и наиболее распространенным является 18-летний возрастной ценз. Однако современное мировое общество находится на пороге пересмотра сложившихся основ. В мае 2009 г., датский член Европейского парламента Могенс Дженсен представил в Парламентскую ассамблею совета Европы инициативный проект по снижению возраста для участия в голосовании до 16 лет. Проект

© Николаев А.С., Черкашова Н.С., 2010

под названием «Expansion of democracy by lowering the voting age to 16»² был подписан 14-ю членами Парламента, представляющими разные страны.

В 1997 г. Ассамблеей европейского парламента была утверждена Рекомендация №1315 «О минимальном возрасте, необходимом для голосования»³, которая акцентировала внимания стран – членов Евросоюза на том, что избирательный возраст необходимо постоянно «гармонизировать» с уровнем общественной сознательности и правовой культуры населения. По мнению М. Дженсена, настало время для пересмотра установленного возраста и переоценки позиции Ассамблеи относительно снижения его уровня.

Тенденция к снижению избирательного возраста стремительно распространяется в Европе. В Австрии в 2007 г. возрастной ценз был снижен до 16 лет для выборов всех уровней. В Германии и Швейцарии молодые люди в возрасте 16-17 лет могут голосовать на региональных выборах в некоторых избирательных округах. Опыт этих стран в контексте Евросоюза рассматривается как позитивный.

В Великобритании, Финляндии, Норвегии и Греции возможность снижения избирательного возраста до 16 лет рассматривается на правительственном уровне. Главной причиной этого является озабоченность правительств низким уровнем политического вовлечения молодежи и высокими абсентеистскими показателями.

Обращаясь к Рекомендации ЕС № 1019⁴ по вопросам участия молодежи в политической и гражданской жизни, опубликованной в 1985 г., Ассамблея отметила: «В случае, если демократия будет развиваться, совершенно необходимо понимание, заинтересованность и участие молодых людей в политической и гражданской жизни на локальном, национальном и европейском уровнях».

По всему миру существуют десятки организаций, выступающих за поддержку снижения возраста участия в выборах. Среди них наиболее активны политические партии:

- Австралия: The Australian Democrats⁵, The Greens⁶;
- Канада: New Democratic Party⁷, vote16.ca⁸;
- Дания: Social Democrats⁹, Socialist People's Party¹⁰, The Danish Youth Council¹¹;
- Германия: Foundation for the Rights of Future Generations¹²;
- Греция: Ecologist Greens¹³;
- Норвегия: Liberal Party of Norway¹⁴.

Тем не менее в этом смысле наиболее показательны Соединенные Штаты Америки. Только за последние 5 лет молодые люди организовали ряд объединений, выступающих за снижение уровня возрастного ценза до 16 лет. Среди них: At the Table¹⁵, Choose Responsibility¹⁶, Foundation for Individual Rights in Education¹⁷, Pro-Youth Pages¹⁸, Future Voters of America¹⁹, National Youth Rights Association²⁰, Taking Children Seriously²¹, What Kids Can Do²², Youth Activism Project²³, Youth On Board²⁴, Youth Rights Network²⁵, Youth Policy Action Center²⁶, YSA's Youth Voice Initiative²⁷ и многие др. Некоторые партии (например, Socialist Party USA) выступают с предложением снизить избирательный возраст до 15 лет.

Однако во всем мире картина неоднородна и неоднозначна. Так, в Италии на сегодняшний день молодые люди не могут голосовать на выборах в Сенат до достижения 25 лет. В большинстве азиатских и африканских регионов активный избирательный возраст сохраняется на уровне 20 лет (Камерун, Япония, Южная Корея, Тайвань, Тунис и др.) – 21 год (Кувейт, Малайзия, Мальдивы, Монако, Марокко, Пакистан, Сингапур и др.). Это объясняется, в первую очередь, особенностями менталитета и спецификой государственного строя. Нельзя отрицать историческое наследие отдельно взятого государства и уровень развития общества, что дает ученым и политикам всего мира повод для размышлений. По мнению авторов данной статьи, многим обществам еще предстоит пройти долгий путь гражданского развития и политического воспитания, прежде чем перед ними встанет вопрос о снижении возраста, дающего право на осуществление избирательных прав.

¹ Избирательный возраст (Eng.)

² См.: Доклад «Распространение демократии путем снижения возраста для участия в голосовании до 16 лет». [Электронный ресурс] / Режим доступа: assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc09/EDOC11895.pdf

³ См.: Европейский Союз. Рекомендации. О минимальном возрасте, необходимом для голосования: Рекомендация 1315 (1997) [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.echr-base.ru/ukaz3.jsp>

⁴ См.: Европейский Союз. Рекомендации. О безработице среди молодежи: рекомендация 1023 (1986) – п. 51.7. [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.echr-base.ru/ukaz3.jsp>

⁵ См.: Программа движения «Австралийские демократы» [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.democrats.org.au/>

⁶ См.: Программа движения «Зеленые». [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://greens.org.au/>

- ⁷ См.: Программа движения «Новая демократическая партия» [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.ndp.ca/>
- ⁸ См.: Программа движения «Выборы с 16.ca» [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.vote16.ca/en/index.htm>
- ⁹ См.: Программа движения «Социал-демократы» [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.socialdems.com/>
- ¹⁰ См.: Программа движения «Партия социалистов» [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.socialistpeoplesparty.org/>
- ¹¹ См.: Официальный сайт Датского молодежного совета [Электронный ресурс] / Режим доступа: duf.dk/home/
- ¹² См.: Программа движения «Основа прав будущих поколений» [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.intergenerationaljustice.org/>
- ¹³ См.: Программа движения «Партия зеленых» [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://en.academic.ru/dic.nsf/enwiki/268505>
- ¹⁴ См.: Программа движения «Либеральная партия Норвегии» [Электронный ресурс] / Режим доступа: www.parties-and-elections.de/norway.html
- ¹⁵ См.: Программа движения «На повестке дня» [Электронный ресурс] / Режим доступа: atthetable2010.org/
- ¹⁶ См.: Программа движения «Выбери ответственность» [Электронный ресурс] / Режим доступа: www.chooseresponsibility.org/
- ¹⁷ См.: Программа движения «Основа для изучения прав человека» [Электронный ресурс] / Режим доступа: www.thefire.org/
- ¹⁸ См.: Программа движения «Молодежные страницы» [Электронный ресурс] / Режим доступа: www.proyouthpages.com/
- ¹⁹ См.: Программа движения «Будущие избиратели Америки» [Электронный ресурс] / Режим доступа: www.futurevotersofamerica.org/
- ²⁰ См.: Программа движения «Национальная ассоциация прав молодежи» [Электронный ресурс] / Режим доступа: www.youthrights.org/
- ²¹ См.: Программа движения «О детях всерьез» [Электронный ресурс] / Режим доступа: www.takingchildrenseriously.com/
- ²² См.: Программа движения «Что могут сделать дети» [Электронный ресурс] / Режим доступа: www.whatkidscando.org/
- ²³ См.: Программа движения «Проект Активная молодежь» [Электронный ресурс] / Режим доступа: www.youthactivism.com/
- ²⁴ См.: Программа движения «Молодежь в Парламенте» [Электронный ресурс] / Режим доступа: www.youthonboard.org/
- ²⁵ См.: Программа движения «Сеть молодежных прав» [Электронный ресурс] / Режим доступа: www.youthrights.net/index.php?...Youth_Rights_Network
- ²⁶ См.: Программа движения «Центр молодежной политики» [Электронный ресурс] / Режим доступа: www.youthpolicyactioncenter.org/index.cfm?fuseaction=Page.viewPage...
- ²⁷ См.: Программа движения «Инициативная группа Голос молодежи» [Электронный ресурс] / Режим доступа: [// www.genv.net/en-us/region/](http://www.genv.net/en-us/region/)

О СООТНОШЕНИИ ПОНЯТИЙ «СИСТЕМА» И «СТРУКТУРА» ФЕДЕРАЛЬНЫХ ОРГАНОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ

Федеральные органы исполнительной власти являются организационно и функционально обособленной составной частью системы государственных органов и в то же время сами представляют собой систему, возглавляемую Правительством РФ.

Административное законодательство советского периода не давало точного определения понятиям «система» и «структура» органов государственного управления, хотя попытки теоретического анализа этих понятий предпринимались. При этом, если говорить в самых общих чертах, под системой понималась совокупность взаимодействующих исполнительно-распорядительных органов власти, которые выступают в качестве составных частей системы. Термин «структура» использовался только применительно к аппарату отдельно взятого органа государственного управления и понимался как совокупность его структурных подразделений, как его штаты.

В постсоветский период попытка регламентации системы (структуры) органов государственного управления была предпринята в Законе РФ «О Совете Министров – Правительстве Российской Федерации» от 22 декабря 1992 г. №4174-1. В нем в ст. 1 указывалось, что Совет Министров Российской Федерации является коллегиальным органом, возглавляющим систему органов государственного управления, в ст. 2 определялось, что структура Совета Министров (как органа, возглавляющего систему органов государственного управления) определяется Законом РФ «О Совете Министров – Правительстве Российской Федерации».

Конституция РФ 1993 г. не внесла в данный вопрос достаточной ясности. Можно отметить, что пункт «г» ст. 71 Конституции лишь относит к ведению Российской Федерации установление системы органов государственной власти, в том числе и исполнительной, но не раскрывает, в чьей компетенции находится установление систем органов государственной власти (Президента РФ или палат Федерального Собрания РФ).

Федеральный конституционный закон «О Правительстве Российской Федерации» от 17 декабря 1997 г. №2- ФКЗ касается лишь понятия «система федеральных органов исполнительной власти». Так, в период с 1991 по 1993 г. был принят ряд указов Президента РСФСР о системе и структуре центральных органов государственного управления. Их принятие было обусловлено политической ситуацией и необходимостью создания государственных органов управления в противовес союзным министерствам и ведомствам, затем, в соответствии с Законом РФ от 22 декабря 1992 г., – в рамках полномочий главы исполнительной власти в России.

За период с 1990 по 1993 г. Президентом РФ были созданы почти все республиканские центральные органы государственного управления, органы исполнительной власти, выполняющие функции контроля и надзора, органы управления с межотраслевой компетенцией.

Необходимо отметить, что понятия «система» и «структура» в указах Президента РФ этого периода, к сожалению, смешивались. В одних указах под системой органов государственного управления понимались правовой статус органов управления и их место в системе органов управления, в других – перечень органов государственного управления, входящих в систему центральных органов государственного управления. Путаницу вносило и то, что возникло большое количество новых органов управления при Президенте РФ, причем все они имели статус центральных органов государственного управления (Госсанэпидемнадзор, Госатомнадзор и др.) и органов при Правительстве РФ.

Полагаем, что можно говорить о том, что в постсоветский период использование определений «система» и «структура» федеральных органов исполнительной власти на практике не имеет точного законодательного закрепления, довольно часто они используются не по их прямому назначению, встречаются случаи смешивания этих понятий и неправильного их применения в нормативных правовых актах Российской Федерации.

Как представляется, вопрос о соотношении понятий «система» и «структура» применительно к органам исполнительной власти в РФ, в том числе и к федеральным, может быть решен путем применения соответствующего законодательного акта. Имея в виду, что основные вопросы судебной системы РФ урегулированы федеральным конституционным законом, можно предположить, что порядок формирования системы федеральных органов исполнительной власти, характер компетенции органов и некоторые другие, наиболее значимые аспекты, должны регламентироваться именно федеральным законом, а не указами Президента РФ.

П.В. Сунцева

Пермский государственный университет

**МЕТОД «НАЛОГОВОЙ РЕКОНСТРУКЦИИ»
КАК АЛЬТЕРНАТИВА ПРИМЕНЕНИЮ ШТРАФОВ
ЗА НАРУШЕНИЯ НАЛОГОВОГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

Пермский государственный университет

В законодательстве РФ предусмотрены чрезмерные штрафы для налогоплательщиков за нарушение налогового законодательства. Согласно п. 1 ст. 122 Налогового кодекса Российской Федерации (далее - НК РФ) неуплата или неполная уплата сумм налога (сбора) в результате занижения налоговой базы, иного неправильного исчисления налога (сбора) или других неправомерных действий (бездействия) влечет взыскание штрафа в размере 20% от неуплаченной суммы налога (сбора). Согласно п. 3 указанной статьи НК РФ деяния, предусмотренные п. 1 настоящей статьи, совершенные умышленно, влекут взыскание штрафа в размере 40% от неуплаченной суммы налога (сбора).

Кроме того, уплата указанных санкций не освобождает налогоплательщика в силу п. 5 ст. 108 НК РФ от обязанности уплатить (перечислить) причитающиеся суммы налога (сбора) и пени.

Большинство споров, рассматриваемых ВАС РФ и другими арбитражными судами в РФ, — налоговые. Претензии налоговых органов к налогоплательщикам исчисляются в миллиардах рублей. Источником риска в любой «налоговой схеме», в любом способе, механизме оптимизации налогообложения является новизна, т.е. отсутствие законодательного урегулирования применения данного способа оптимизации налогообложения и неизвестность судебного толкования в дальнейшем.

Применяя оптимизацию налогообложения и используя при этом пробелы и несовершенство налогового законодательства, заранее трактуя закон в свою пользу, налогоплательщику никогда нельзя быть уверенным в том, что всё-таки не придётся уплатить налоговые санкции за эти действия по минимизации налоговых платежей. В период применения такой оптимизации налогообложения при условии нестабильности налогового регулирования в РФ возможно издание актов толкования законодательства или внесения дополнений, изменений в НК РФ, за-

© П.В. Сунцева, 2010

преращающих применение именованного используемого налогоплательщиком в данный момент способа оптимизации налогообложения.

При рассмотрении налоговых споров налоговые органы стоят на позиции объективного вменения, субъективная сторона не учитывается вовсе, принимается во внимание лишь формальное соответствие налогоплательщика трём критериям, перечисленным в Постановлении ВАС РФ № 53:

– для признания налогоплательщика «недобросовестным» (а значит, и его действий, направленных на оптимизацию налогообложения, незаконными) достаточно доказать лишь наличие ряда внешних признаков - своего рода индикаторов недобросовестности, перечисленных в п. 5 постановления № 53: невозможность реального осуществления налогоплательщиком указанных операций с учётом времени, места нахождения имущества или объёма материальных ресурсов, экономически необходимых для производства товаров, выполнения работ или оказания услуг, отсутствие необходимых условий для достижения результатов соответствующей экономической деятельности в силу отсутствия управленческого или технического персонала, основных средств, производственных активов, складских помещений, транспортных средств и т.д.;

– непроявление налогоплательщиком «должной осмотрительности», т.е. наличие у налогоплательщика «дефектных» контрагентов. Обязанность доказывать свою неосведомленность об этой дефектности фактически перекладывается на плечи налогоплательщиков;

– ВАС РФ прямо допускает возможность объективного вменения ещё при одном условии: налоговая выгода может быть также признана «необоснованной», если налоговым органом будет доказано, что деятельность налогоплательщика, его взаимозависимых или аффилированных лиц направлена на совершение операций, связанных с налоговой выгодой/ преимущественно с контрагентами, не исполняющими своих налоговых обязанностей (абз. 2 п. 10 Постановления №53).

Последствием применения этих правил, оценки обоснованности / необоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды и добросовестности / недобросовестности самого налогоплательщика, а также осмотрительности/неосмотрительности при выборе контрагентов, с точки зрения В.М. Зарипова, которую мы разделяем, должна стать «налоговая реконструкция», т.е. определение истинных налоговых обязательств перед государством с учетом права на налоговые вычеты. Штрафы в такой ситуации недопустимы, поскольку прямое нарушение законодательства и вина налогоплательщика не доказываются. Призна-

ние налоговой выгоды, необоснованной само по себе, не подтверждает наличие налогового правонарушения.

Подобная норма в законодательстве (если при ее применении будут учтены европейские подходы) повысит определенность в налоговом законодательстве и позволит налогоплательщикам чётко уяснить последствия применения тех или иных способов оптимизации налогообложения. В настоящее время наблюдается ситуация, когда налогоплательщик не знает, пройдёт ли применение оптимизации налогообложения для него без последствий либо ему придётся уплачивать суммы доначисленного налога, пени и штрафы, установленные ст. 122 НК РФ в размере 20 и 40% суммы неуплаченного налога.

Метод «налоговой реконструкции» или, другими словами, восстановления отношений, существовавших между сторонами до совершения правонарушения, является наиболее оправданной и адекватной мерой защиты прав государства в налоговых правоотношениях. В настоящий момент государство злоупотребляет своими властными полномочиями и отходит от компенсаторного принципа возмещения собственных убытков. Взыскивая с налогоплательщика и сумму неуплаченного налога в полном объёме, и сумму пени за несвоевременную уплату налога, налоговые органы ещё и применяют к налогоплательщику такую меру ответственности, как штраф.

Указанные меры ответственности являются чрезмерными, так как при нарушении прав налогоплательщика, например на своевременный возврат сумм НДС из бюджета, налоговый орган лишь уплачивает проценты по ставке рефинансирования ЦБ РФ, не уплачивая никакой неустойки или штрафа. В указанном случае происходит нарушение принципа равенства частной и государственной (и муниципальной) собственности, провозглашённого в п. 2 ст. 8 Конституции РФ.

В силу положений ст. 15 ГК РФ убытки подлежат возмещению в том размере, в котором они реально были причинены виновным лицом, а в исключительных случаях предусмотрено взыскание неполученного дохода. Налоги – это основной источник дохода бюджета, государство и муниципальные образования не могут получить прибыль помимо сумм налогов, подлежащих зачислению в соответствующий бюджет. Поэтому взыскание с налогоплательщика каких-либо сумм помимо сумм неуплаченных налогов мы считаем необоснованным. В противном случае возникает приоритет защиты государственной и муниципальной собственности над частной, так как НК РФ предусматривает ещё и законную неустойку за нарушение налогоплательщиком своих обязательств, которая к тому же подлежит уплате в государственный бюджет и бюджеты муниципальных образований в безусловном порядке. Не-

устойки же в гражданских правоотношениях должны быть чётко предусмотрены договором, не противоречащим положениям ГК РФ, кроме того, согласно ст. 333 ГК РФ суд может их уменьшить по мотивам их несоразмерности. Неустойки, предусмотренные ст. 122 НК РФ (20, 40%), явно несоразмерны последствиям неисполнения обязательств налогоплательщиков перед бюджетом и не предполагают учёта степени вины налогоплательщика и тяжести последствий неуплаты в каждой конкретной ситуации.

Таким образом, такая мера ответственности, как штраф за налоговые правонарушения, должна быть отменена, так как противоречит принципу соразмерности ответственности за совершённое правонарушение в зависимости от тяжести последнего. Метод восстановления отношений или налоговой реконструкции вполне может обеспечить восстановление нарушенных интересов государства, так как при его применении соблюдается принцип компенсации ущерба, причинённого бюджету. Кроме того, указанный метод позволяет избежать применения чрезмерных мер ответственности к налогоплательщику.

А.С. Телегин

Пермский государственный университет

ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ЛИЦА, В ОТНОШЕНИИ КОТОРОГО ВЕДЕТСЯ ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛУ ОБ АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВОНАРУШЕНИИ

Производство по делам административных правонарушений как процессуальная деятельность включает в себя действия ряда участников, среди которых особое положение занимает лицо, в отношении которого возбуждено указанное производство. Данное обстоятельство обуславливает необходимость точного правового регулирования его процессуального положения. Однако положения Кодекса РФ об административных правонарушениях (КоАП), к сожалению, во многом поверхностно регламентируют правовой статус названного субъекта юрисдикционной деятельности.

С целью защиты своих прав и интересов лицо, в отношении которого ведётся производство по делу, в соответствии со ст. 25.1 КоАП вправе:

- 1) знакомиться со всеми материалами дела;

- 2) давать объяснения;
- 3) представлять доказательства;

4) заявлять ходатайства. Хотя конкретный их перечень в КоАП не определен, к ним можно отнести, например, ходатайство о рассмотрении дела по месту жительства лица, в отношении которого ведется производство по делу, ходатайство об отложении рассмотрения дела и др. Все ходатайства должны быть заявлены в письменной форме и подлежат обязательному и немедленному рассмотрению должностным лицом, в производстве которого находится дело об административном правонарушении (ст. 24.4 КоАП). Решение об отказе в удовлетворении ходатайства выносится в виде определения. По смыслу закона лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться с решениями, принятыми по результатам заявленного им ходатайства. Поэтому важно, чтобы копии определений, вынесенных по результатам рассмотрения ходатайств, в обязательном порядке были вручены заявителям под расписку или направлены им по почте заказным письмом с уведомлением о вручении;

5) заявлять в письменном виде отводы переводчику, эксперту, специалисту, защитнику, а также должностному лицу, осуществляющему производство по делу об административном правонарушении, и требовать письменного решения в виде определения;

6) пользоваться юридической помощью защитника. Такое право может быть реализовано с момента возбуждения дела об административном правонарушении.

Лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, наделяется и иными процессуальными правами. Анализ положений КоАП и некоторых других нормативных актов позволяет отнести к их числу следующие права:

1) получать копию протокола об административном правонарушении (ч. 6 ст. 28.2 КоАП), об административном задержании по его просьбе (ст. 27.4 КоАП), о применении любой иной из мер процессуального принуждения, предусмотренных ст. 27.1 КоАП, а также получить копию постановления по делу об административном правонарушении (ст. 29.1 КоАП) и копии решений по жалобам и протестам (ст. 30.1 КоАП);

2) выступать на родном языке, пользоваться услугами переводчика (ст. 24.2 КоАП);

3) присутствовать при уничтожении изъятых у него предметов и вещей, алкогольной и спиртосодержащей продукции, наркотических средств и психотропных веществ, в том числе вещей, подвергающихся

быстрой порче (постановления Правительства РФ от 11 декабря 2002 г. №883 и от 19 ноября 2003 г. №694 соответственно);

5) обжаловать постановление (ст. 30.1 КоАП) и определение об отказе в возбуждении дела об административном правонарушении (ч. 4 ст. 30.1 КоАП). Порядок обжалования иных видов определений, например о приводе, в КоАП не предусмотрен. Согласно закону РФ от 27 апреля 1993 г. «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» эти определения могут быть обжалованы в судебном порядке и рассмотрены в соответствии с нормами ГПК РФ.

Реализуя право на обжалование постановлений по делам об административных правонарушениях, лицо, в отношении которого ведется производство по делу, вправе подать жалобу либо вышестоящему должностному лицу, либо в суд. Одновременная подача жалобы в суд и вышестоящему должностному лицу влечет за собой ее рассмотрение в судебном порядке.

Обязанности лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, в ст. 25.1 КоАП не закреплены, но должностное лицо, рассматривающее дело, вправе признать обязательным его присутствие на рассмотрении дела об административном правонарушении. В случае назначения наказания в виде административного ареста присутствие указанного лица признается обязательным.

Вместе с тем обязанности у лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, возникают и при применении в отношении него мер процессуального обеспечения. Так, в случае задержания транспортного средства, принадлежащего названному лицу, оно обязано оплатить расходы, связанные с доставкой транспорта на специальную стоянку и хранение.

Данный участник производства может быть привлечен к административной ответственности по ст. 17.7 КоАП за умышленное невыполнение требований должностного лица, осуществляющего производство по делу об административном правонарушении. Кроме того, сам факт привлечения к административной ответственности не освобождает нарушителя от обязанности возместить причиненный им материальный и моральный ущерб потерпевшему.

Таким образом, представляется весьма важным внесение изменений в ст. 25.1 КоАП, включив в нее права лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, обозначенные в ныне действующей редакции статьи термином «иные процессуальные права», а также его обязанности.

РОЛЬ МЕЖДУНАРОДНОЙ НАЛОГОВОЙ ПОЛИТИКИ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

Налоговая политика – один из самых эффективных инструментов, с помощью которого государство может влиять на экономику, корректировать ее состояние.

Одним из звеньев налоговой политики является определение основных направлений использования налогов на перспективу и текущий период, с учетом путей достижения поставленных финансовой политикой целей, международных факторов и возможностей роста финансовых ресурсов¹.

Вместе с тем на налоговую политику оказывает влияние и международная налоговая политика. В настоящий период возрастает налоговая конкуренция между странами в борьбе за капитальные инвестиции. Страны вынуждены проводить налоговую политику, максимально способствующую привлечению инвестиций и повышению конкурентоспособности национальной экономики.

Именно активная позиция государства в сфере налоговой конкуренции является одним из факторов долгосрочного экономического роста.

Распоряжением Правительства РФ от 19 мая 2009 г. №691-р утверждена Программа развития конкуренции в Российской Федерации вместе с планом мероприятий по реализации программ развития конкуренции в Российской Федерации на 2009–2012 гг. (далее – Программа). В данной Программе концепция налоговой конкуренции впервые была определена как одно из направлений развития налоговой политики на ближайшие три года. Кроме того, в программе отмечается, что в условиях глобализации важную роль играет налоговая конкуренция между государствами.

Наиболее конкурентоспособными являются налоговые системы в офшорных зонах.

В результате налоговой конкуренции государства для привлечения труда и капитала используются различные уровни налоговых ставок, в связи с чем фирмы имеют возможность выбирать наиболее выгодные или благоприятные условия для инвестиционной деятельности.

В Послании Президента Федеральному Собранию РФ от 12.11.2009 г. подчеркнуто, что налоговая система страны должна быть настроена на задачи модернизации. Отмечено важное значение оптимизации налоговой нагрузки в создании благоприятных условий для инновационной и инвестиционной деятельности.

Концепция международной налоговой конкуренции противоположна концепции международной налоговой гармонизации. Процесс гармонизации налогового законодательства должен привести к установлению сходных правил налогообложения на территориях всех государств, входящих в то или иное международное сообщество. Согласованные действия государств по осуществлению налоговой политики и реформированию национального налогового законодательства составляют существо гармонизации налогообложения. Ее основная цель – устранение различий в налоговом законодательстве государств, препятствующих экономической интеграции².

Юридическую основу для гармонизации налогообложения создает унификация национальных законодательств, т.е. целенаправленная совместная деятельность субъектов нормотворческой деятельности различных государств, ориентированная на достижение единообразия юридических конструкций национальных налогово-правовых норм³.

Совокупная налоговая нагрузка является основным критерием, определяющим конкурентоспособность налоговой системы. При этом совокупная налоговая нагрузка складывается из налогового бремени и издержек налогоплательщика, связанных с налоговым администрированием. В последнее время внесены изменения в налоговое законодательство, направленные на снижение номинальной налоговой нагрузки. Номинальное налоговое бремя в России в целом сопоставимо с общеевропейским уровнем. В частности, эффективная налоговая нагрузка на потребление в России та же, что и в развитых странах, и ниже, чем в странах с переходной экономикой; нагрузка на капитал более или менее сопоставима с тем же показателем, рассчитанным по странам с переходной и с развитой экономикой; налоговая нагрузка на труд в России практически в два раза ниже, чем в странах с переходной и развитой экономикой. Однако остаются проблемы, связанные с издержками налогоплательщика, с процедурами налогового контроля и особенностями правоприменительной практики. Именно эти причины приводят к увеличению совокупной налоговой нагрузки и к попыткам ее минимизации за счет уклонения от уплаты налогов, как отмечается в Программе. Поэтому Россия по-прежнему остается малопривлекательной страной для иностранных инвестиций.

Налоговая реформа, направленная на повышение конкурентоспособности налоговой системы, необходима прежде всего для выживания российских предприятий в условиях глобальной конкуренции, поскольку для конкуренции с иностранными предприятиями на равных в России должна действовать налоговая система гораздо более стимулирующая производство и инвестиции, чем в зарубежных странах.

Основные направления налоговой политики России последних четырех лет имели целью совершенствование налогового администрирования. Но, к сожалению, основополагающие проблемы налогового администрирования не были решены за эти годы.

Мировой опыт свидетельствует о том, что практически все страны, достигшие наиболее высоких показателей ВВП на душу населения (свыше 20 тыс. долл. США), обладают эффективным налоговым администрированием и налоговой системой, подконтрольной налогоплательщикам через демократические представительские институты.

В настоящее время требуется дальнейшая модернизация налоговой системы, в том числе системы администрирования, в целях создания максимально комфортных условий для расширения экономической деятельности и перехода отечественной экономики на инновационный путь развития, а также на снижение масштабов уклонения от налогообложения.

¹ См.: *Титов А.С.* Налоговое администрирование и контроль. М., 2007. С. 29.

² См.: *Кучеров И.И.* Международное налоговое право. С. 135.

³ *Кучеров И.И.* Указ. соч. С. 134–135.

С.А. Холоимов

Пермский государственный университет

САМОЗАЩИТА КАК ОДНА ИЗ ОСНОВНЫХ ФОРМ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ ПРАВ И СВОБОД ГРАЖДАН

Впервые Конституция РФ 1993 г. закрепила право каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45). В ней предусмотрена наряду с защитой прав и свобод государственными органами самозащита каждым своих прав и свобод.

В соответствии со ст. 2 и ч. 1 ст. 45 Конституции РФ государство обязано признавать, соблюдать и защищать права и свободы, создавая при этом эффективные организационно-правовые механизмы устранения любых нарушений.

Институт самозащиты – это новый элемент в правовом механизме конституционной защиты прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации. Суть права на самозащиту заключается в том, что в случае если права или законные интересы нарушены либо сопряжены с непосредственной угрозой нарушения, лицо вправе, в том числе и без обращения к юрисдикционным органам, самостоятельно осуществлять действия, направленные на предотвращение либо устранение нарушения его прав и свобод в пределах, установленных законом.

Этот вид юридической защиты основных прав и свобод характеризуется тем, что, во-первых, инициатива по защите прав и свобод, в том числе по восстановлению нарушенных прав и свобод, исходит от самого лица, чьи интересы могут пострадать или уже ущемлены; во-вторых, закон не ограничивает формы, средства и способы индивидуальной правовой защиты, кроме случаев, указанных в Конституции РФ; в-третьих, реализация этого вида правовой защиты основных прав и свобод обеспечивается личным активным участием гражданина в правоохранительных отношениях, что особенно ярко проявляется, например, при проведении митингов, демонстраций, забастовок.

Так, в своем постановлении от 02.07.1998 N 20-П Конституционный Суд РФ указал, что органы государственной власти, в том числе суды, обязаны осуществлять свою деятельность таким образом, чтобы при этом соблюдались права и свободы человека и гражданина, а в случаях их нарушений обеспечивалось максимально быстрое и полное их восстановление. Неприятие своевременных мер к выявлению и устранению нарушений прав и свобод, особенно в тех случаях, когда в дальнейшем их восстановление оказывается невозможным, должно расцениваться как невыполнение государством и его органами своей конституционной обязанности (ч. 2 ст. 45 Конституции РФ). Задачей федерального законодателя является создание надлежащих, в том числе процессуальных, механизмов, которые позволяли бы гражданам, чьи права и свободы оказались нарушенными, добиваться их реальной защиты, используя все не запрещенные законом способы.

Подтверждением тезиса, что самозащита является одной из основных форм конституционно-правовой защиты прав и свобод граждан, служит, например, то, что данная конституционная норма пронизывает все отрасли права, она нашла свое отражение в ГК РФ, ТК РФ, УК РФ, КоАП РФ. Тот факт, что законодатель закрепил данную норму Консти-

туции при кодифицировании различных отраслей права, подчеркивает ее особое, фундаментальное значение в системе защиты прав и свобод человека и гражданина.

Обращаясь к сути нормы ч. 2 ст. 45 Конституции РФ, можно предположить, что в основе любой формы защиты прав и свобод человека и гражданина присутствуют элементы самозащиты. Не представляется эффективным любой способ защиты прав и свобод человека и гражданина, если в его основе не лежит воля данного человека на защиту своих прав.

Если относительно, например, гражданской отрасли права данное утверждение не вызывает сомнений, то градация норм УК РФ на возникающие из частных, частно-публичных и публичных отношений может в некоторой степени быть контраргументом нашего утверждения. Например, если уголовное правонарушение возникло в публичных отношениях, то уголовное дело возбуждается без заявления пострадавшего и производство по данному делу в данном разрезе без воли пострадавшего.

Однако возразим, что именно эффективного, отвечающего своему существу и предназначению способа защиты прав в данном случае не получится. Если человек, чьи права и законные интересы были нарушены, не будет содействовать реализации таким видам защиты, как государственная или судебная, то данные способы защиты прав и свобод человека так же не могут быть полностью реализованы и результаты их применения будут далеки от идеальных, отвечающих их изначальному смыслу и назначению.

В заключение отметим, что граждане России должны уметь полноценно реализовывать, а в необходимых случаях самостоятельно защищать свои законные права и интересы, грамотно используя для этого разнообразные правовые средства. Защита своих прав и свобод всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45 Конституции Российской Федерации), адресуется каждому человеку вне связи с его гражданством. Это право возникает с момента рождения человека - независимо от места жительства и пребывания, общественного строя страны, внутригосударственной нормативной регламентации. Самозащита прав и свобод человека и гражданина в соответствии с нормами Конституции выражается в подаче жалоб, заявлений и предложений, обращений в СМИ (ст. 33); в публичных выступлениях граждан (ст. 31); в гражданско-правовой и уголовно-правовой защите (ч. 1 ст. 45); в обращении в межгосударственные органы по защите прав человека (ч. 3 ст. 46).

МЕТОД ФОРМАЛИЗАЦИИ ЗНАНИЙ О ФОРМАХ ПРАВЛЕНИЯ ГОСУДАРСТВ

Определение формы правления – одна из сложнейших научных задач. Для решения этой задачи предлагается воспользоваться методом формализации. Проанализировав свыше 100 монархий и республик, мы определили и сгруппировали признаки различных форм правления в таблицы. Для определения разновидности требуется определить соответствие с этими критериями и подсчитать количество совпадений. Государство имеет ту разновидность формы правления, в пользу которой имеется наибольшее количество совпадений (см. табл. 1, 2).

Таблица 1

Разновидности монархий

Критерий	парламентская монархия	дуалистическая монархия	абсолютная монархия
Статус монарха	Осуществляет представительские функции	Де-юре возглавляет исполнительную и судебные власти	Де-факто и де-юре возглавляет все ветви власти
Наличие представит. органа	Парламент	Парламент	В лучшем случае, законосовещательный орган
Право вето монарха	Нет	Сильное	Абсолютное
Самостоятельность монарха	Всегда требуется контрасигнатура (одобрение)	Для некоторых действий требуется контрасигнатура	Контрасигнатура не требуется
Право роспуска представит. органа	Да, по просьбе премьер-министра	Да	Да
Формирование правительства	Де-факто формируется парламентом	Формируется монархом	Формируется монархом
Ответственность правительства	Де-факто отвечает перед парламентом	Отвечает перед монархом	Отвечает перед монархом

Таблица 2.

Разновидности республик

Критерий	парламентская республика	смешанная республика	президентская республика	суперпрезидентская республика
Избрание главы государства	Парламентский способ	Внепарламент. способ	Внепарламент. способ	Внепарламент. способ
Статус президента	Осуществляет представит. функции	Арбитр, де-факто глава исполнительной власти	Глава исполнительной власти	Арбитр, де-факто возглавляет все ветви
Право законод. инициативы президента	Нет	Нет	Да	Да
Право вето президента	Нет	Слабое	Сильное	Сильное или абсолютное
Ограничение по срокам президентуры	Нет	Нет	Нет	Да
Самостоятельность президента	Требуется одобрение для всех действий	Требуется одобрение для ряда актов	Полная	Полная
Роспуск парламента президентом	Возможен	Возможен	Не возможен	Возможен
Формирование правительства	Де-факто формируется парламентом	Формируется президентом совместно с парламентом	Формирует президент	Формирует президент
Ответственность правительства	Де-факто ответственно только перед парламентом	Отвечает перед парламентом и президентом	Отвечает перед президентом	Отвечает перед президентом

Указанные критерии разграничения разновидностей монархий и республик не имеют абсолютный характер. Не всегда эти признаки могут присутствовать. Так, главы федеральных органов исполнительной власти США назначаются президентом лишь с согласия Сената. Отсут-

стве одного признака несущественно и не означает, что имеет место гибридная форма правления.

По нашему мнению, гибридная форма правления – это такая форма правления, сочетающая большинство признаков различных разновидностей республик или монархий. Так, можно говорить о парламентской монархии, тяготеющей к дуалистической; дуалистической монархии, тяготеющей к парламентской; дуалистической монархии, тяготеющей к абсолютной. Можно выделить и парламентские республики, тяготеющие к смешанным, смешанные республики, тяготеющие к парламентским; президентские республики, тяготеющие к смешанным; смешанные республики, тяготеющие к суперпрезидентским.

Яркий пример парламентской монархии, тяготеющей к дуалистической (парламентской монархии с сильной властью монарха), – Великое герцогство Люксембург. Главой государства является Великий герцог, он представляет страну во внешних отношениях, заключает международные договоры, имеет право с согласия парламента объявлять войну и заключать мир. Герцог также назначает и увольняет членов правительства. В определенной мере он участвует в осуществлении законодательной власти путем реализации своего права законодательной инициативы, утверждения и обнародования принятых законов. Он открывает и закрывает его сессии, может отложить его заседания, а в случае необходимости – созвать чрезвычайную сессию; он вправе распустить парламент. Ему принадлежат также некоторые судебные полномочия. Правительство Люксембурга осуществляет исполнительную власть, формально принадлежащую Великому герцогу. Фактически оно проводит всю внутреннюю и внешнюю политику. За свою деятельность правительство отвечает перед Палатой депутатов.

В современном мире очень много и гибридных республиканских форм правления. Таким государством является и Россия. Президент России не отнесен ни к одной ветви власти. Он избирается населением сроком на 6 лет. Он наделен правом законодательной инициативы, «сильным» правом вето, правом роспуска парламента. Он имеет право председательствовать на заседаниях правительства, отменять акты правительства. Правительство формируется совместно с президентом и нижней палатой парламента – Государственной Думой. Однако президент не связан с каким-либо конституционным обычаем и вправе предлагать парламенту на утверждение в качестве премьер-министра представителя партийного меньшинства или беспартийного гражданина. Правительство отвечает и перед президентом, и перед Государственной Думой. Причем из двух видов ответственности более весома ответственность перед главой государства (президент вправе не согласиться с

парламентским вотумом недоверия). Акты президента не требуют никакой контрасигнации. На наш взгляд, в России президент является арбитром, который не подменяет собой все прочие ветви власти, как это имеет место в суперпрезидентских республиках. Судебная власть в России президенту не подотчетна, поскольку судьи высших инстанций назначаются президентом и парламентом совместно, более того, в нашей стране действует Конституционный Суд. Таким образом, по нашему мнению, Российская Федерация – смешанная республика, максимально приближенная к суперпрезидентской. Дальнейшее усиление полномочий президента неизбежно приведет к перерастанию в суперпрезидентскую республику (нечто подобное уже произошло в Белоруссии).

Разработанный метод определения разновидностей монархий и республик в значительной степени упрощает изучение ряда вопросов, которые входят в предмет таких юридических дисциплин, как теория государства и права и конституционное право зарубежных государств.

К.М. Худoley

Пермский государственный университет

ПРАВА ПОЛИТИЧЕСКОЙ ОППОЗИЦИИ КАК КОЛЛЕКТИВНЫЕ КОНСТИТУЦИОННЫЕ ПРАВА

Начиная с Конституции Португальской Республики 1976 г. в конституциях ряда стран появились нормы о правах политической оппозиции (в Великобритании подобные нормы возникли еще ранее и рассматривались как конституционные обычаи). Конституции зарубежных стран предусматривают право оппозиции на доступ ко всем официальным документам правительства, право на ответ в правительственных газетах, право на информацию. В ряде стран оппозиция имеет право на замещение ряда государственных должностей. Так, в Бразилии согласно Конституции 1988 г. лидер оппозиции является обязательным членом Совета республики при Президенте. Во многих странах британского Содружества Карибского бассейна в верхней палате парламента, состав которой назначается главой государства, определенное количество мест закреплено за оппозицией. В Албании руководящие посты в центральной избирательной комиссии делятся между правящей партией и оппозицией.

© Худoley К.М., 2010

Права оппозиции предусмотрены и в конституциях ряда стран СНГ, при этом дается легальная дефиниция самой оппозиции. Так, согласно ст. 67 новой Конституции Кыргызской Республики 2010 г. парламентским меньшинством считаются фракция или фракции, не входящие в состав парламентского большинства и объявившие о своей оппозиции по отношению к нему. Стоит отметить, что в Конституции Кыргызстана права оппозиции закреплены в наибольшем объеме, чем в других странах мира. В ст. 73 данной Конституции установлено, что председателями наиболее важных комитетов по вопросам бюджета и правопорядка являются представители парламентского меньшинства. При этом в Конституции Кыргызской Республики за оппозицией резервируется значительное число мест в парламенте независимо от результатов выборов. По результатам выборов в Жогорку Кенеш одной политической партии может быть предоставлено не более половины депутатских мандатов в парламенте независимо от результатов выборов даже в том случае, если только одна партий преодолела 5%-ный заградительный барьер.

Права оппозиции относительно контроля за деятельностью правительства детально регламентируются и в других странах СНГ. Так, согласно ст. 81 Конституции Грузии 1995 г. правом инициировать процедуру выражения вотума недоверия правительству обладает как группа депутатов в количестве 30 депутатов, так и парламентское меньшинство, которым является фракция любой оппозиционной политической партии в количестве всего 6 чел. В ст. 56 данной Конституции также предусмотрено, что представительство парламентского большинства во временной комиссии (в т.ч. и следственной) Парламента Грузии не должно превышать половины общего числа членов комиссии. Таким образом, половина состава таких комиссий резервируется за представителями оппозиции.

В Узбекистане правам политической оппозиции посвящен отдельный закон – Конституционный Закон Республики Узбекистан от 11 апреля 2007 г. «Об усилении роли политических партий в обновлении и дальнейшей демократизации государственного управления и модернизации страны». В ст. 2 данного Закона установлено, что фракции политических партий, а также депутаты, избранные от инициативных групп избирателей, не разделяющие курс и программу вновь сформированного правительства или отдельные ее направления, могут объявить себя оппозиционными. Фракция политических партий, объявившая себя оппозиционными, наряду с предусмотренными полномочиями для фракций политических партий также имеют право:

– на внесение альтернативной редакции закона одновременно с докладом по соответствующему вопросу ответственного комитета Законодательной палаты Олий Мажлиса;

– на занесение в протокол пленарного заседания Законодательной палаты Олий Мажлиса своего особого мнения по обсуждаемому вопросу;

– на гарантированное участие ее представителей в согласительной комиссии по отклоненному Сенатом Олий Мажлиса закону.

Права оппозиции предусматривают и конституции непризнанных республик в составе стран СНГ. Так, согласно ст. 61 Конституции Приднестровской Молдавской Республики 1995 г. в своей деятельности Верховный Совет и создаваемые им органы из числа депутатов Верховного Совета обязаны учитывать права меньшинства (1/5 депутатов Верховного Совета вправе в любое время при принятии решения потребовать проведения тайного либо поименного голосования перед тем, как будет принято решение об открытом голосовании).

Таким образом, права политической оппозиции признаются и гарантируются не только странами с большим опытом демократии, но также и странами, недавно вставшими на путь демократических реформ. Права оппозиции являются необходимым институтом для построения демократического общества, поскольку без развитой и весомой оппозиции любая многопартийная система может перерасти в однопартийную, что вызовет стагнацию политической жизни и не сможет обеспечить смену политических элит. Такое положение дел неизбежно приведет к революционной обстановке. Неудивительно, что в ряде стран права оппозиции в конституциях были закреплены в ходе революционных переворотов («тюльпановая контрреволюция» в Кыргызстане в 2010 г., падение фашистского режима в Португалии в 1976 г.).

Россия в этом общемировом процессе закрепления прав политической оппозиции практически не принимает участия. В Послании к Федеральному Собранию РФ в 2009 г. Президент РФ Д. А. Медведев дал обещание либерализовать партийную систему страны, но в данном направлении сделано еще слишком мало. В настоящий момент приняты законы, обеспечивающие доступ парламентских партий к средствам массовой информации. Парламентские партии и партии, представленные в законодательных (представительных) органах субъектах РФ, вправе быть представленными в избирательных комиссиях субъектов РФ и муниципальных образованиях. Но вместе с тем законодатель лишил непарламентские партии бесплатного эфирного времени при проведении предвыборной кампании. Отмена избирательного залога и необходимость сбора подписей для регистрации кандидатов от непар-

ламентских партий также фактически препятствует участию этих партий в выборах, поскольку избирательные комиссии, пользуясь «дырами в законодательстве», регулярно отказывают им в регистрации или снимают с регистрации на выборах. При разрешении избирательных споров в судах процветает «телефонное право».

Можно сделать вывод о том, что в России на законодательном уровне только начался процесс признания и закрепления прав политической оппозиции. Однако этот процесс пока протекает вне рамок конституционного регулирования и касается только статуса парламентских партий, т.е. системной оппозиции. При этом государство продолжает всеми возможными средствами ограничивать права непарламентской, т.е. несистемной оппозиции. Кроме того, сам термин «оппозиция» не знаком российскому законодательству. Российское законодательство в настоящий момент исходит из принципа равенства статуса парламентских партий, хотя согласно законодательству зарубежных стран оппозиция должна обладать своим особым статусом, предусматривающим гораздо больший объем прав и гарантий их реализации, по сравнению со статусом обычных фракций политических партий в парламенте.

В.В. Шепелев

Пермский государственный университет

УЧАСТИЕ МЕСТНОГО НАСЕЛЕНИЯ В ПРИНЯТИИ ГЕНЕРАЛЬНОГО ПЛАНА ПОСЕЛЕНИЯ – КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО ОБЩЕСТВЕННОСТИ НА РЕАЛИЗАЦИЮ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

По смыслу Градостроительного кодекса РФ территориальное планирование представляет собой основу градостроительства – деятельности по развитию городов и иных поселений, и его содержание, равно как и содержание градостроительной деятельности, тяготеет к пониманию такого планирования как осуществляемого преимущественно в целях развития городских поселений. Поэтому основным документом территориального планирования является генеральный план города.

С правовой точки зрения генеральный план города является главным юридическим документом, определяющим в интересах населения и

с учётом государственных задач направления и границы территориального развития города, функциональное назначение и градостроительное зонирование территории, правила землепользования и застройки, принципиальные решения по размещению объектов капитального строительства для государственных и муниципальных нужд, транспортному обслуживанию, инженерному обеспечению и благоустройству, защите территории от опасных природных и техногенных процессов, охране природного и историко-культурного наследия, очередности освоения территории.

Анализ действующего градостроительного законодательства, регулирующего порядок разработки и принятия документов территориального планирования позволяет сделать следующие выводы:

- генеральный план города является основным градостроительным документом, поскольку он закрепляет стратегию градостроительного развития города и условия формирования среды жизнедеятельности в нём, и позволяет оценивать перспективы развития города;

- носит комплексный характер, т.к. учитывает в себе социально-экономические, экологические и иные факторы развития территории города;

- обеспечивает стабильность, определённость и предсказуемость развития территории города, защиту публичных и частных интересов в ходе создания новых и эксплуатации существующих объектов строительства;

- генеральный план города является обязательным для исполнения всеми лицами на всей территории муниципального образования, включая органы местного самоуправления, нормативно-правовым актом, обеспечивающим согласованность действий субъектов градостроительной деятельности в решении вопросов градостроительного планирования и определяет требования к размещению жилых и общественных зданий, объектов инженерно-транспортной инфраструктуры, производственных и иных объектов;

- цель разработки и утверждения генерального плана города – обоснование комплекса мероприятий по эффективной пространственной организации всех жизненных процессов, протекающих в городском организме, установление баланса государственных, муниципальных, общественных и частных интересов в формировании и использовании территориально-имущественных комплексов в отраслевом, экономическом и территориальном аспектах.

- реализация генерального плана обеспечивает при осуществлении градостроительной деятельности безопасность и благоприятные условия жизнедеятельности человека, ограничение негативного воздей-

ствия хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду, охрану и рациональное использование природных ресурсов в интересах настоящего и будущего поколений.

Данные выводы позволяют нам утверждать о том, что без генеральных планов невозможно обеспечить устойчивое развитие городских поселений.

Суть разработки и принятия генерального плана поселения и обеспечение тем самым устойчивого развития муниципального образования заключается не просто в обеспечении благоприятных условий жизнедеятельности, а в создании «города для человека». Если весь спектр интересов местного населения не учитывается, то это обстоятельство рано или поздно, даёт о себе знать, поскольку человек един в своих экономических и социальных потребностях и интересах. Их несогласованность, непринятие их во внимание со временем неизбежно проявятся в той или иной, чаще негативной форме.

Для того, чтобы обеспечить устойчивое развитие поселения обязательно привлечение к принятию документов территориального планирования местного населения, т.к. именно таким образом возможно выявление его мнения.

Привлечение граждан к вопросам планирования на городском уровне используется муниципальными органами управления во всем мире, что соответствует тенденции усиления демократизации современного общества и позволяет повысить эффективность общественного и в том числе муниципального управления.

Участие общественности и институтов гражданского общества способно обеспечить решение целого ряда задач, которые без привлечения местного сообщества будут для городской власти весьма затруднительными.

Игнорирование общественности и отстраненность муниципальной власти от населения могут повлечь за собой трудно исправимые последствия и конфликты. Даже самый удачный план, не отражая гражданской инициативы, будет выступать как навязанный извне и не найдет поддержки в местном сообществе.

Поэтому необходимо придти к выводу о том, что вовлечение населения муниципальных образований в процесс принятия генеральных планов поселений составляет основу метода территориального планирования и является одним из необходимых условий его эффективности.

С другой стороны, из изложенных положений следует, что принятие генеральных планов поселений прямо затрагивает интересы местного населения в обеспечении благоприятных условий проживания,

ограничения вредного воздействия хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду градостроительными средствами, улучшения экологической обстановки, развития инженерной, транспортной и социальной инфраструктур городских и сельских поселений и прилегающих к ним территорий и сохранения территорий объектов историко-культурного и природного наследия. А значит местное население должно быть само заинтересовано в участии в принятии документов территориального планирования.

Закон РФ «Об общих принципах организации местного самоуправления в РФ», закрепив в числе вопросов местного значения проблемы территориального планирования, установил основополагающее право населения на активное участие в обсуждении и принятии решений о путях развития муниципального образования, что является принципиальной особенностью процедуры территориального планирования. Поэтому участие местного населения в принятии генерального плана поселения является не только методической основой и одним из необходимых условий его эффективности, но и правом местного населения, реализацию которого обязаны обеспечивать органы местного самоуправления.

А.Б. Эктумаев

Пермский государственный университет

ГАРАНТИИ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ВЫСШЕГО ДОЛЖНОСТНОГО ЛИЦА РЕСПУБЛИКИ В СОСТАВЕ РФ: ПОНЯТИЕ И КЛАССИФИКАЦИЯ

Под гарантиями деятельности высшего должностного лица республики в составе РФ принято понимать совокупность закрепленных в действующем законодательстве условий и средств, обеспечивающих должностному лицу возможность надлежаще осуществлять конституционные полномочия.

По назначению все гарантии деятельности высшего должностного лица республики в составе РФ (далее – высшее должностное лицо) можно разделить на следующие группы: 1) правовые гарантии; 2) организационные гарантии; 3) социальные гарантии и гарантии трудовых прав; 4) материально-финансовые гарантии; 5) гарантии неприкосновенности.

© Эктумаев А.Б., 2010

1. Деятельность всех органов государственной власти РФ и их должностных лиц, как на уровне Федерации, так и на уровне субъектов РФ, подробно регулируются нормативно-правовыми актами РФ.

Правовое регулирование деятельности органов государства и его должностных лиц, с одной стороны, необходимо для поддержания порядка в сфере осуществления государственной власти, предотвращения злоупотребления со стороны органов и должностных лиц и, соответственно, для защиты прав и свобод человека и гражданина. С другой стороны, это защита органов и должностных лиц от необоснованного вторжения в пределы их компетенции, а также залог эффективного и слаженного функционирования всего механизма государства. В выше-названном смысле правовое регулирование является *правовой гарантией*.

2. Под организационными гарантиями, как правило, понимаются условия, которые обеспечивают деятельность высшего должностного лица в процессе осуществления конституционных полномочий. К данному виду гарантий следует отнести: предоставление ему служебного помещения, служебного автотранспорта, специальной связи и др. В законодательстве некоторых республик в составе РФ регламентируются организационные гарантии деятельности высшего должностного лица.

Так, например, согласно ст. 13 Закона Республики Башкортостан от 19 апреля 2001 г. № 215-З «О Президенте Республики Башкортостан» (далее – Закон Республики Башкортостан №215-З), Президенту Республики Башкортостан предоставляется: специальная связь; специальный автомобильный транспорт. Местонахождение Президента Республики Башкортостан – столица Республики Башкортостан г. Уфа. Резиденция Президента Республики Башкортостан – Дом республики (ст. 28). Организационное обеспечение деятельности Президента Республики Башкортостан осуществляется администрацией Президента Республики Башкортостан (ст. 24).

К организационным гарантиям также относятся и меры безопасности, предусмотренные для защиты высшего должностного лица. Так, в силу ст. 26 Закона Республики Башкортостан №215-З Президенту Республики Башкортостан и членов его семьи предоставляется охрана.

3. Социальные гарантии и гарантии трудовых прав являются важными мерами по обеспечению социально-трудовых прав высшего должностного лица. Действующее законодательство республики в составе РФ предусматривает широкий спектр социальных гарантий деятельности высшего должностного лица.

В соответствии со ст. 13 Закона Республики Адыгея от 6 июля 2007 г. №102 «О Президенте Республики Адыгея» для Президента Рес-

публики Адыгея предоставляются следующие социальные гарантии: служебное жилое помещение для проживания вместе с членами его семьи; государственная дача; медицинское обслуживание и санаторно-курортное лечение. Жизнь и здоровье Президента Республики Адыгея на время исполнения им его конституционных обязанностей подлежат обязательному государственному страхованию на сумму не менее годового денежного вознаграждения Президента Республики Адыгея.

В законодательстве некоторых республик в составе РФ также важное место среди гарантий деятельности высшего должностного лица занимает регулирование трудовых прав. Согласно ст. 19 Закона Республики Бурятия от 14 марта 1994 г. №422-ХП «О Президенте Республики Бурятия» (далее – Закон Республики Бурятия №422-ХП), Президенту Республики Бурятия предоставляется ежегодный основной и дополнительный оплачиваемый отпуск за ненормированный рабочий день общей продолжительностью 60 календарных дней. Срок полномочий Президента Республики Бурятия засчитывается в стаж государственной или муниципальной службы.

4. Материально-финансовые гарантии занимают особое место в системе гарантий деятельности высшего должностного лица. Необходимо отметить, что согласно п. 2 ст. 18 Федерального закона от 6 октября 1999 г. №184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (далее – ФЗ «Об общих принципах ...»), высшее должностное лицо субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) не может заниматься другой оплачиваемой деятельностью, кроме преподавательской, научной и иной творческой деятельности.

Субъекты РФ берут на себя полное материально-финансовое обеспечение высших должностных лиц. Так, из ст. 14 Закона Республики Бурятия №422-ХП следует, что все расходы, связанные с исполнением возложенных на Президента Республики Бурятия обязанностей и обеспечением исполнения полномочий Президента Республики Бурятия, осуществляются за счет средств республиканского бюджета.

5. Гарантии неприкосновенности высшего должностного лица призваны обеспечить ему свободу и автономность как высшему должностному лицу субъекта РФ, его юридическую защищенность от какого-либо незаконного внешнего вмешательства.

Важно отметить, что в действующем федеральном законодательстве отсутствуют правовые нормы, регулирующие вопросы неприкосновенности высшего должностного лица субъекта РФ. ФЗ «Об общих

принципах...» регулирует вопросы неприкосновенности лишь в отношении депутата законодательного (представительного) органа субъекта РФ.

По нашему мнению, для обеспечения высшего должностного лица гарантии неприкосновенности представляется целесообразным приравнять статус высшего должностного лица субъекта РФ к статусу депутата законодательного (представительного) органа субъекта РФ, в части гарантий неприкосновенности.

Таким образом, можно сделать следующие выводы.

Во-первых, гарантии деятельности высшего должностного лица - это один из основных системообразующих элементов его конституционно-правового статуса.

Во-вторых, каждая группа гарантий деятельности высшего должностного лица, обеспечивая достижения общей цели – создания условий для беспрепятственного осуществления конституционных полномочий, вместе с тем выполняет в системе гарантий особую функцию.

В-третьих, гарантии деятельности высшего должностного лица должны быть подробно регламентированы в законодательстве РФ. Законодательное закрепление гарантий деятельности высшего должностного лица, с одной стороны, обеспечит надлежащее осуществление конституционных полномочий, а с другой стороны, предотвратит злоупотребление с его стороны.

А.Б. Эктумаев

Пермский государственный университет

НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ПРЕЗИДЕНТА РЕСПУБЛИКИ В СОСТАВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ

Неприкосновенность Президента республики в составе Российской Федерации призвана обеспечить ему свободу и автономность как высшему должностному лицу субъекта РФ, его юридическую защищенность от какого-либо незаконного внешнего вмешательства. Неприкосновенность характеризуется обладанием правовым иммунитетом. Иммунитет является самостоятельным правовым средством государства, через которое оно определяет исключительное право лицам, занимаю-

щим особое положение в межгосударственных, государственных и общественных отношениях, не подчиняться некоторым общим законам.

Ранее в соответствии с Федеральным законом от 5 декабря 1995 г. №192-ФЗ «О порядке формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации» высшее должностное лицо субъекта РФ как член Совета Федерации Федерального Собрания РФ обладало неприкосновенностью. 5 августа 2000 г. был принят новый Федеральный закон №113-ФЗ «О порядке формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации», который признал утратившим силу Федеральный закон №192-ФЗ.

Согласно ст. 4 Федерального закона №113-ФЗ представитель в Совете Федерации от исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации назначается высшим должностным лицом субъекта Российской Федерации (руководителем высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) на срок его полномочий. Из этого следует, что высшее должностное лицо субъекта РФ не является членом Совета Федерации по должности. В связи с этим высшее должностное лицо субъекта РФ лишилось такой гарантии, как неприкосновенность.

Важно отметить, что Федеральный закон от 6 октября 1999 г. №184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» регулирует вопросы неприкосновенности лишь в отношении депутата законодательного (представительного) органа субъекта РФ. В связи с этим некоторые правоведы полагают, что необходимо внести в Федеральный закон №184-ФЗ дополнения по вопросу приравнивания статуса высшего должностного лица субъекта РФ к статусу депутата законодательного (представительного) органа субъекта РФ.

Таким образом, в действующем федеральном законодательстве отсутствуют правовые нормы, регулирующие вопросы неприкосновенности высшего должностного лица субъекта РФ.

В настоящее время некоторые республики в составе РФ пытаются восполнить отсутствие гарантий неприкосновенности Президента республики в составе РФ на уровне республиканского законодательства.

Так, согласно ст. 15 Закона Республики Башкортостан №215-З, Президент Республики Башкортостан обладает неприкосновенностью в течение всего срока его полномочий за исключением случаев, установленных федеральным законом. По истечении срока своих полномочий Президент Республики Башкортостан не может быть привлечен к ответственности за действия, совершенные им в соответствии с законода-

тельством, действовавшим в период нахождения в должности Президента Республики Башкортостан. В соответствии со ст. 76 Конституции Республики Бурятия личность Президента Республики Бурятия неприкосновенна.

В силу пункта «о» ст. 71 Конституции РФ нормативно-правовые акты субъектов РФ не вправе исключать возможность привлечения глав субъектов РФ к уголовной ответственности, установленной Уголовным кодексом Российской Федерации. Дополнительно следует сказать, что Конституционный Суд РФ в своем постановлении от 10 декабря 1997 г. №19-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Устава (Основного закона) Тамбовской области» указал, что вопросы неприкосновенности, затрагивающие аспекты уголовного и уголовно-процессуального законодательства, находятся в ведении Российской Федерации и по ним принимаются федеральные законы.

Согласно пункту «к» ст. 72 Конституции РФ административное законодательство находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Вышеназванная конституционная норма позволяет сделать вывод о том, что Президенту республики в составе РФ может быть предоставлена гарантия неприкосновенности от административной ответственности, устанавливаемой республиканским законодательством.

Подводя итог, следует отметить, что для обеспечения Президента республики в составе РФ юридической защищенности от какого-либо незаконного внешнего вмешательства, т.е. гарантии неприкосновенности, представляется целесообразным внесение ряд дополнений в действующее федеральное законодательство, а именно:

Во-первых, дополнить Федеральный закон №184-ФЗ ст. 18.1. «Неприкосновенность высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации)» пунктами следующего содержания:

«1. В случае привлечения высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) к уголовной или административной ответственности, его задержания, ареста, обыска, допроса, совершения иных уголовно-процессуальных или административно-процессуальных действий, проведения оперативно-розыскных мероприятий в отношении высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации), его багажа, личных и служебных транспортных средств, переписки, ис-

пользуемых им средств связи и принадлежащих ему документов, а также при проведении оперативно-розыскных мероприятий в занимаемых им жилом и служебном помещениях применяется особый порядок производства по уголовным или административным делам, установленный федеральными законами.

2. Высшее должностное лицо субъекта Российской Федерации (руководитель высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) не может быть привлечен к уголовной или административной ответственности за высказанное мнение, позицию и другие действия, соответствующие его статусу, в том числе по истечении срока его полномочий. Данное положение не распространяется на случаи, когда высшим должностным лицом субъекта Российской Федерации (руководителем высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) были допущены публичные оскорбления, клевета или иные нарушения, ответственность за которые предусмотрена федеральным законом».

Во-вторых, в п. 1 ч. 1 ст. 447 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации после слов «Государственной Думы» дополнить словами «высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации)».

В-третьих, п. 9 ч. 1 ст. 448 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации после слов «в отношении» дополнить словами «высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации)».

III. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

А.В. Антипов

ООО «СА «Профессиональ»

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ ФОРМУЛИРОВАНИЯ ПОНЯТИЙ «СТРАХОВАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ» И «СУБЪЕКТЫ СТРАХОВОГО ДЕЛА»

Современное построение страхового права базируется на нескольких нормативно закрепленных категориях, определяющих сущность страхования, субъектный состав и содержание правоотношений в данной сфере, меры государственного воздействия на указанные правоотношения и участвующих в них лиц. Среди обозначенных категорий особую роль играют понятия «страховая деятельность» и коррелирующие с ним – «субъекты страхового дела». От их определения зависит вычленение из общей массы участников отношений в области страхования группы лиц, подлежащих страховому надзору и одновременно приобретающих исключительные права на осуществление определенных видов деятельности. Внедрение в 2003 г. в законодательство отдельно регулируемой группы лиц, именуемой субъектами страхового дела, было в понимании его инициаторов в первую очередь направлено на ограничение профессиональных участников отношений в области страхования¹. При этом в процессе прохождения законопроекта, содержащего в себе описываемые новации, отдельных стадий принятия данная цель была видоизменена с систематизирующей на сугубо прикладную, которая во многом свелась к проведению небесспорной выборки наиболее интересующих законодателя в регулятивном плане субъектов отношений в области страхования и применения к ним сравнительно сходных инструментов правового воздействия.

Именно этим объясняется, например, присутствие в перечне субъектов страхового дела, наряду со страховыми организациями, обществами взаимного страхования и страховыми брокерами, имеющими специальную правоспособность, страховых актуариев, таковой не обладающих. В силу того, что страховые актуарии, будучи физическими, владеющими специальными знаниями и навыками в области страхования, статистики и экономики, непосредственно не задействованы в отношениях, связанных с заключением и исполнением договоров страхо-

вания, а лишь оказывают страховщикам услуги по проведению экономико-математических расчетов, к ним не применяется ни одно требование, являющееся общим для трех других видов субъектов страхового дела. По этому поводу А.И. Худяков весьма жестко высказался о том, что производство актуарных расчетов есть форма проведения прикладного исследования в научной сфере именуемой «актуарной математикой». Наука же, как он верно отмечает, не нуждается ни в «аттестации», ни в лицензировании. Из этого ученый заключает, что российское страховое законодательство заняло ошибочную позицию по отношению к страховым актуариям, наделив их статусом субъектов страхового дела исключительно с целью расширить возможности государственного страхового надзора². Критические замечания в отношении наполнения перечня субъектов страхового дела можно встретить в научных работах и иных авторов³.

Таким образом, выбор субъектов страхового дела, в целом, обусловлен соображениями текущих интересов государства по контролю и надзору за определенными сегментами деятельности в сфере страхования, но не объективными критериями, которые бы отражали единую системную политику в отношении лиц, являющихся профессиональными участниками рынка услуг в области страхования. Следует отметить, что подобная ситуация характерна для многих областей страховой отрасли. Недаром в научной литературе констатируется отсутствие окончательно сформированной национальной стратегии страхования в России⁴.

Перечень субъектов страхового дела был выбран из установленного законодателем круга лиц, принимающих участие в отношениях, регламентируемых Законом РФ «Об организации страхового дела в РФ». Для уяснения правовой природы их отграничения следует в первую очередь обратиться к семантике самого понятия, обозначающего данную группу. Дефиниция термина «страховое дело», являющегося синонимом страховой деятельности, установлена п. 2 ст. 2 Закона «Об организации страхового дела в РФ». Однако ее содержание следует признать не совсем удачной, так как указанная норма не содержит никаких общих признаков, дающих ответ на вопрос, какими критериями следует руководствоваться при отграничении страховой деятельности от деятельности иного рода, а лишь перечисление видов деятельности, осуществляемой субъектами страхового дела. Современной правовой наукой делаются попытки сформулировать дефиницию страховой деятельности, которая бы являлась менее казуистичной, нежели нормативно закреплённая и давала бы основу для объективного выбора групп субъектов, подлежащих отнесению к субъектам страхового дела. Так, в

частности, М.Б. Смирнова предлагает определять страховую деятельность как «совокупность мероприятий, непосредственно направленных на создание страхового фонда и на использование его средств, для выплаты страхового возмещения (страхового обеспечения)»⁵. Такой подход к описанию содержания рассматриваемого термина, хотя и дает понимания основных ее целей деятельности, видится нам все же излишне обобщенным. Кроме того, в нем присутствует весьма спорное указание на непосредственное, т.е. без промежуточных или посредствующих звеньев, направленность фактически на осуществление страхования. Однако в подобной интерпретации из перечня лиц, осуществляющих данную деятельность, выпадают страховые посредники и актуарии, так как они не формируют соответствующие имущественные фонды и не распределяют их. Цель обозначенных субъектов – содействие в страховании, но не страхование как таковое. Более полной представляется дефиниция, сформулированная А.И. Худяковым, который предлагает именовать страховым делом «деятельность страховщиков по осуществлению страхования (перестрахования, взаимного страхования), а также деятельность иных третьих лиц... по оказанию услуг страховщикам и страхователям, связанных со страхованием (перестрахованием, взаимным страхованием)»⁶. Однако и она, на наш взгляд, не в полной мере отражает современную концепцию страхового законодательства. Так, в ней не учтено, что услуги страховщикам и страхователям, связанные со страховыми отношениями, могут оказываться и иными субъектами, нежели лица, указанные в качестве участников страховых отношений. Ими являются, например, лица, предоставляющие профессиональную юридическую помощь по поводу страховых правоотношений, эксперты и оценщики, участвующие в определении причин и имущественных последствий событий, имеющих признаки страховых случаев и т.д. Кроме того, в ней не отражено представление о страховом деле как деятельности профессиональных участников страхового рынка, на наличие которого в Законе РФ «Об организации страхового дела в РФ» абсолютно верно указывает А.Г. Смирных⁷.

Учитывая изложенное, мы предлагаем именовать страховым делом деятельность по страхованию (перестрахованию, взаимному страхованию), а также деятельность, урегулированную нормами страхового права, осуществляемую на профессиональной основе, которая направлена на обеспечение деятельности страховщиков, а также заключение и исполнение договоров страхования. Соответственно, под субъектами страхового дела следует понимать лиц, правомерно осуществляющих страховую деятельность.

¹ См.: Пояснительную записку к проекту федерального закона № 266255-3 «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «Об организации страхового дела в Российской Федерации» и другие акты законодательства Российской Федерации» (Правительство Российской Федерации) // [Электронный источник]. URL: www.asozd2.duma.gov.ru.

² Худяков А.И. Теория страхования. М.: Статут, 2010. С. 296.

³ См., напр.: Смирных А.Г. Правовой статус субъектов страхового дела: новеллы российского законодательства // Журнал российского права. М.: Норма, 2004. №9. С. 56–62; Шихов А.К., Шихов А.А. Страхование: учеб. пособие. 6-е изд., перераб. и доп. М.: ИД «Юриспруденция», 2009. С.254 и др.

⁴ Косаренко Н.Н. Современное страховое право: учеб. пособие. М.: ЗАО «Издво “Экономика”», 2009. С. 155.

⁵ Смирнова М.Б. Страхование: учебное пособие. М.: Юстицинформ, 2007. С. 31.

⁶ Худяков А.И. Теория страхования. М.: Статут, 2010. С. 20.

⁷ Смирных А.Г. Правовой статус субъектов страхового дела: новеллы российского законодательства // Журнал российского права. М.: Норма, 2004. №9. С. 57.

Е.А. Аристова

Российская академия правосудия

МЕХАНИЗМЫ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ГОЛОВНОЙ КОРПОРАЦИИ ТНК К ДЕЛИКТНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

В последние несколько десятилетий негативный эффект от деятельности ТНК в принимающих государствах существенно возрос. В доктрине часто обсуждаются проблемы привлечения головной корпорации к ТНК к деликтной ответственности за противоправную деятельность иностранных дочерних компаний, преимущественно связанную с существенным нарушением стандартов защиты окружающей среды. Дискуссии среди исследователей в разных странах принимают широкое распространение в связи с возросшим числом судебных исков против головных корпораций ТНК в государствах базирования (преимущественно в США и Великобритании).

Наиболее существенной проблемой при привлечении ТНК к деликтной ответственности остается формальная самостоятельная правосубъектность юридических лиц в структуре ТНК. Несмотря на то что фактический контроль над различными структурными единицами

обычно сохраняется в государстве происхождения, привлечь головную корпорацию ТНК к ответственности за деятельность иностранных дочерних компаний чрезвычайно сложно.

Действительно, традиционное корпоративное право основывается на так называемой теории «самостоятельного образования» (entity theory). Данная концепция получила широкое распространение среди западных ученых; в российской доктрине была освещена в учебном курсе М.М. Богуславского «Международное частное право» в качестве субъектного подхода к правовому регулированию ТНК и диссертационном исследовании М.А. Манукяна.

В зарубежной судебной практике, а также в доктрине разработаны механизмы привлечения головной корпорации к деликтной ответственности. На сегодняшний день в рамках традиционного подхода существует два главных основания: 1) признание опосредованной ответственности (vicarious liability) головной корпорации через доктрину проникновения за корпоративную вуаль/ корпоративный иммунитет (piercing the corporate veil, lifting the corporate veil) либо доказательство существования агентских отношений (agency relations) между головной и дочерней компаниями и 2) признание прямой ответственности (direct liability) головной корпорации при нарушении обязанности по должному управлению дочерней компанией (duty to care).

В соответствии с доктриной проникновения за корпоративный иммунитет самостоятельная правосубъектность дочерних компаний может быть проигнорирована, если в суде будет продемонстрировано, что головная корпорация злоупотребляла организационно-правовой формой дочерней компании, либо признание самостоятельной правосубъектности юридических лиц существенно противоречит фактическим взаимоотношениям между ними и является несправедливым. Наиболее распространенными причинами поднятия корпоративной вуали являются злоупотребление принципом ограниченной ответственности акционера, мошенничество, неправомерные действия в целях защиты третьих лиц, например кредиторов, предотвращение уклонения от обязанностей, установленных законодательством, например по уплате налогов, соблюдение государственных стандартов в сфере окружающей среды или прав работников при осуществлении деятельности на опасном производстве.

Проникновение за корпоративный иммунитет будет успешным только в том случае, если в соответствии с фактическими обстоятельствами дела головная корпорация осуществляла настолько высокую степень контроля над действиями дочерней компании, что последняя является только фасадом и не имеет «самостоятельного разума, воли

или сущности». Такой стандарт привлечения головной компании к ответственности накладывает на истцов тяжелое бремя доказывания фактического подчинения дочерней компании воли головной компании.

Несмотря на многообразие подходов к толкованию доктрины проникновения за корпоративный иммунитет в судебной практике стран общего права, наиболее распространенными являются теория инструментария (*instrumentality theory*) и теория «второго Я» (*alter ego theory*).

Вторым основанием привлечения головной корпорации к ответственности является доказательство ее обязанности осуществлять определенный уровень управления за деятельностью дочерних компаний в разумных пределах. Теория построена на том, что головная корпорация имеет обязательство осуществлять «должную степень заботливости» по отношению к дочерним компаниям. При этом установление правовых и фактических связей между головной корпорацией и дочерними компаниями не является обязательным как в случае проникновения за корпоративный иммунитет. Предметом рассмотрения при разрешении таких дел является прямая, непосредственная ответственность головной корпорации проявлять надлежащую заботливость (*exercise due diligence*) при управлении действиями своих дочерних компаний. Такой подход автоматически распространяет ответственность головной корпорации не только на активные действия, но и бездействие, выраженное в форме непринятия управленческих решений, необходимых для предотвращения совершения деликта.

Судебная практика по привлечению головной корпорации ТНК к деликтной ответственности по указанному выше основанию в Великобритании представлена известными делами *Lubbe v. Cape Plc* и *Connely v. RTZ Corp Plc*, в США - *Amoco Cadiz* и *Doe v. Unocal*, в Нидерландах - текущим иском против *Royal Dutch Shell* за деятельность дочерних компаний в Нигерии.

Противоположным подходом к правовому регулированию ТНК является доктрина единого экономического предприятия (*single business enterprise, integrated enterprise, single economic unit*). Головная корпорация ТНК и ее структурные подразделения рассматриваются как единое целое, поскольку головная корпорация, во-первых, сохраняет определенную степень контроля над действиями дочерних компаний, а, во-вторых, ТНК выступает в качестве единой экономической единицы.

Привлечение головной корпорации ТНК к ответственности по данному основанию часто рассматривают как вариацию «групповой ответственности» (*group liability*), основанной на презумпции того, что действия дочерней компании могут быть предписаны (*attributable*) головной корпорации, исходя из тесной взаимосвязи между компаниями.

По сути, любое деяние, совершенное дочерней компанией группы будет рассматриваться, как если бы оно было совершено головной корпорацией.

А.Б. Афанасьев

Пермский государственный университет

О НЕКОТОРЫХ ОСОБЕННОСТЯХ ПРАВОВОГО СТАТУСА АГЕНТСТВА ПО СТРАХОВАНИЮ ВКЛАДОВ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Одной из приоритетных конституционных задач любого правового государства, всерьез озабоченного реальной защитой прав и законных экономических интересов своих граждан и обеспечением социального спокойствия в обществе, является наличие системы гарантирования вкладов граждан. Действия по размещению средств в банковских вкладах, осуществляемые гражданином в личных интересах, имеют публичное значение, поскольку сбережения населения являются устойчивым источником ресурсной базы, необходимой для инвестиций и долгосрочного кредитования. Отсюда вытекает необходимость повышения доверия граждан не только к кредитной системе России, но и к тем усилиям органов публичной власти, которые могли бы способствовать повышению такого доверия. В этой связи законодательство должно иметь надлежащие правовые механизмы, направленные на обеспечение возврата вкладов физических лиц, которые являются наиболее слабой стороной в правоотношениях с кредитными организациями.

По состоянию на 23.03.2010 г. участниками системы страхования вкладов являются 923 банка (большинство от общего количества зарегистрированных банков).

Закон о страховании вкладов последовательно преследует своей целью сочетание публичных и частных интересов в регулировании указанных правоотношений: из трех названных в законе целей две следует отнести к публичным – укрепление доверия к банковской системе РФ и стимулирование привлечения сбережений населения в банковскую систему РФ. В то же время среди целей создания системы обязательного страхования вкладов выделяется и защита прав и законных интересов вкладчиков банков РФ, преследующая сугубо частные интересы вкладчиков.

© Афанасьев А.Б., 2010

Между тем в литературе высказываются мнения, что система страхования вкладов является публично-правовой системой как по своим целям, так и по ряду средств достижения этих целей.

Следует отметить, что только в результате взвешенного сочетания публичного и частного интересов в регулировании банковской деятельности можно достичь наибольшего положительного эффекта. Защита интересов конкретного вкладчика невозможна без создания комплекса мер, направленных на стабильность всей банковской системы. Думается, что Закон о страховании вкладов в полной мере соответствует данному тезису.

В соответствии со ст.4 Закона о страховании вкладов страховщиком по данному виду страхования может выступать только один субъект – Агентство по страхованию вкладов, созданное в форме государственной корпорации. Поскольку на обязательное страхование не распространяются нормы Закона «Об организации страхового дела в Российской Федерации», к страховщику не применяются такие требования закона, как получение лицензии на осуществление страховой деятельности, требования к уставному капиталу и собственным средствам, правила об учете и отчетности, положения о государственном надзоре за осуществлением его деятельности, он не вправе передавать принятые им обязательства по страхованию вкладов другим страховщикам.

Отмечая специфичность организационно-правовой формы, способ создания и цели деятельности Агентства по страхованию вкладов, его следует отнести к юридическим лицам публичного права. В то же время анализ действующего законодательства и судебной практики позволяют сделать вывод об отсутствии у Агентства государственно-властных полномочий, в связи с чем возникает вопрос о праве Агентства издавать отдельные акты, направленные на организацию системы обязательного страхования вкладов и регулирование ее деятельности. Закон о страховании вкладов (ст.ст. 28, 36) наделяет Агентство такими полномочиями, в то же время не определяя правовую природу актов Агентства («Порядок расчетов страховых взносов», «Порядок уплаты страховых взносов», «Порядок ведения реестра банков», «Порядок конкурсного отбора банков-агентов»). Несмотря на имеющиеся в литературе мнения относительно закрепления за Агентством в Законе о страховании вкладов полномочий по изданию нормативно-правовых актов с применением процедуры регистрации актов в Министерстве юстиции РФ, т.е. создания механизма, аналогичного для актов Банка России и фактического признания Агентства органом государственной власти, следует сделать вывод о том, что акты Агентства по своей при-

роде не являются нормативно-правовыми актами ни по форме, ни по содержанию.

С принятием 27 октября 2008 г. Федерального закона РФ «О дополнительных мерах для укрепления стабильности банковской системы в период до 31 декабря 2011 года» №175-ФЗ Агентство было наделено дополнительной функцией по финансовому оздоровлению банков, что свидетельствует о наличии публичных начал в его деятельности.

В соответствии со ст.13 Закона о страховании вкладов к Агентству, выплатившему возмещение по вкладам, переходит в пределах выплаченной суммы право требования, которое имел вкладчик к банку, в отношении которого наступил страховой случай. Аналогичная норма, предусматривающая суброгацию, имеется и в классическом страховании (ст. 965 ГК РФ), однако в случае выплаты возмещения Агентство получает не только право требования к банку в пределах выплаченной суммы, но и фактически замещает вкладчика, приобретая не только его требования, но и обретая его статус, поскольку в ходе конкурсного производства требования Агентства удовлетворяются в первой очереди кредиторов, наравне с гражданами, являющимися кредиторами банков (ст. 64 ГК РФ).

Таким образом, публичные интересы государства в лице Агентства по страхованию вкладов поставлены выше, чем права иных кредиторов, к которым следует отнести юридических лиц, предпринимателей без образования юридического лица. Даже в отношении вкладчиков - физических лиц - данное установление закона приводит к ухудшению их положения, поскольку их шансы на получение своих средств, превышающих 700 000 руб., от банка-банкрота снижаются с появлением в одной очереди Агентства по страхованию вкладов (в лице федерального органа исполнительной власти). Законодатель в данном случае в значительной мере усилил позиции Агентства, необоснованно предоставив ему преимущества по отношению к остальным участникам гражданских правоотношений, поскольку сама по себе выплата возмещений вкладчикам производится за счет отчислений самих же банков (страховых взносов). Наличие института суброгации, на наш взгляд, не должно обеспечивать дополнительные преимущества Агентства по сравнению с другими кредиторами, которые находятся в ухудшенном положении и чьи частные интересы проигрывают публичным интересам Агентства по страхованию вкладов.

ДОГОВОРЫ С УЧАСТИЕМ ОРГАНОВ ОПЕКИ И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВА В СИСТЕМЕ ДОГОВОРОВ СОЦИАЛЬНОГО СОДЕЙСТВИЯ

В настоящее время наиболее эффективным средством правового регулирования рынка социальных услуг, как совокупности гражданско-правовых отношений по удовлетворению имущественных потребностей граждан, является договор¹. Настоящая позиция последовательно отстаивается автором в докторской диссертации: «Рынок социальных услуг: проблемы правового регулирования», являющейся основой концепции социального сопровождения лиц, находящихся в трудной жизненной ситуации². Необходимость повышения эффективности защиты прав подопечных обуславливают актуальность более глубокого изучения договоров с участием органов опеки и попечительства в целях законодательного совершенствования их гражданско-правового режима.

В развитии Концепции в данном исследовании обосновывается вывод о существовании особого рода обязательств в сфере удовлетворения имущественных потребностей граждан в услугах, объединяемых: а) субъектным составом (лица, находящиеся в трудной жизненной ситуации); б) спецификой предмета договора (оказание социальных услуг); в) специфической социальной направленностью, связанной с мобилизацией внутреннего ресурса личности в преодолении трудной жизненной ситуации, которые включают в себя группу договоров: об осуществлении опеки и попечительства; о приемной семье; о патронатной семье (патронате, патронатном воспитании).

Специфическая социальная направленность этих отношений, объединяемая концепцией социального содействия, позволяет классифицировать их в единую группу – «договоров социального содействия». Эти договорные правоотношения представляют собой обязательство об оказании социальных услуг в пользу третьего лица. Его сторонами являются муниципальное образование в лице органа опеки и попечительства, опекун (попечитель, приемный родитель, патронатный воспитатель) и подопечный как третье лицо. Это комплексный договор, состоящий из гражданско- и семейно-правовых элементов, срочный, возмездный, фидуциарный, требующий личного исполнения со стороны опекуна.

Выделение договоров социального содействия обусловливается необходимостью законодательного совершенствования их правового режима и позволяет оптимизировать отношения в сфере оказания социальных услуг без встречного имущественного представления.

Наличие в гражданско-правовых отношениях специфического субъекта – лица, находящегося в трудной жизненной ситуации, существенно влияет на изменения правового режима отношений с его участием, которые обозначаются как «элементы социального содействия». Данный подход позволяет выделить в сфере оказания услуг группу договоров с элементами режима социального содействия: а) договор возмездного оказания услуг; б) договор поручения; в) договор доверительного управления имуществом; г) договор агентирования; д) договор личного (добровольного социального) страхования; е) договор пожизненного содержания с иждивением.

В ряде гражданско-правовых обязательств, не входящих в группу договоров по оказанию услуг, также выявлен особый правовой режим – с элементами социального содействия лицам, находящимся в трудной жизненной ситуации. В договорах дарения, мены, купли-продажи, аренды имущества, принадлежащего подопечному на праве собственности и отчуждение которого возможно в исключительных случаях, легально устанавливается специфический правовой режим, который заключается в необходимости получения предварительного письменного разрешения органов опеки и попечительства и в особенностях ответственности в случае нарушения этого требования.

Автор исходит из того, что правосубъектность органов опеки и попечительства в соответствии с полномочиями, как органов исполнительной власти субъекта Российской Федерации, является исключительной, специфика которой заключается в её реализации как в публично, так и в частно-правовых сферах. В договорных отношениях реализация гражданской правосубъектности органов опеки и попечительства возможна как стороны обязательства. В определенных законом случаях участие органов опеки и попечительства может сводиться, как к нормативному требованию к гражданско-правовому режиму договора. В первом случае орган опеки и попечительства диспозитивно определяет границы этого участия; во втором – изменения соглашением сторон невозможны.

С учетом специфики гражданской правосубъектности органов опеки и попечительства предлагается следующее: классификация договоров с участием органов опеки и попечительства, при этом её основаниями принимаются: а) степень участия; б) субъектный состав.

Договоры с участием органов опеки и попечительства как стороны обязательства представляют собой договорные отношения по оказанию услуг социального характера в пользу третьего лица (подопечного,

безвестно отсутствующего). Разновидностью этой группы договоров являются: а) договор доверительного управления имуществом; б) договоры об осуществлении опеки (попечительства), о приемной и патронажной семьях. Это договоры возмездные, консенсуальные, sinalагматические, фидуциарные.

Договоры с участием органов опеки и попечительства как нормативному требованию к его гражданско-правовому режиму (предварительное разрешение на заключение договора; контроль за исполнением обязанностей по договору; извещение о нарушениях, являющихся основанием для расторжения договоров) отличаются большим разнообразием и могут быть классифицированы следующим образом: а) договоры о передаче имущества подопечного следующих видов:

- договоры о передаче имущества в собственность (купля-продажа, мены, дарения, ренты);
- договоры о передаче имущества в пользование (аренда, ссуда);
- б) договоры, влекущие уменьшение стоимости имущества (о разделе имущества, о выделении из него доли, мировое соглашение);
- в) договоры об оказании услуг социальных услуг:
 - договоры об оказании услуг фактического характера (договор возмездного оказания социальных услуг);
 - договоры об оказании услуг денежно-кредитного характера (займ, кредит);
 - договоры об оказании услуг юридического характера (поручение);
 - договоры об оказании услуг юридического и фактического характера (агентирования).

Участие органов опеки (попечительства) в этих договорах обусловливается необходимостью государственного обеспечения защиты имущественных прав и интересов лиц, находящихся в трудной жизненной ситуации.

Представляется, что выделение договоров с участием органов опеки и попечительства обусловливается необходимостью законодательного совершенствования их гражданско-правового режима, что повышает актуальность их дальнейшего цивилистического исследования.

¹ Подробнее см.: *Баринов Н.А.* Гражданско-правовые проблемы удовлетворения имущественных потребностей советский граждан: дис. ... док. юрид. наук. Саратов, 1987., 396 с.

² Более подробно см.: *Барков А.В.* Рынок социальных услуг: проблемы правового регулирования: дис. ... док. юрид. наук., М., 2008. 626 с.

**НЕКОТОРЫЕ ОСНОВАНИЯ ПРЕКРАЩЕНИЯ
ПОЛНОМОЧИЙ ЛИЦА, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩЕГО
ФУНКЦИИ ЕДИНОЛИЧНОГО ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО
ОРГАНА АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА**

Единоличный исполнительный орган является ключевым органом управления акционерного общества, именно посредством своего единоличного исполнительного органа общество участвует в гражданском обороте, реализует свою правоспособность.

В силу изложенного порядок прекращения полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества является одним из важных элементов правового статуса указанного органа.

Системное толкование действующего законодательства (именно, Гражданского кодекса РФ, Федерального закона «Об акционерных обществах», Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», Трудового кодекса РФ) позволяет выделить следующие основания прекращения полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества:

1) принятие уполномоченным органом акционерного общества решения о прекращении полномочий единоличного исполнительного органа общества;

2) истечение срока действия полномочий единоличного исполнительного органа общества;

3) отстранение от должности руководителя организации должника в соответствии с законодательством о несостоятельности (банкротстве);

4) заявление лица, осуществляющего полномочия единоличного исполнительного органа общества, о прекращении таких полномочий и о расторжении договора.

Перечень оснований прекращения полномочий лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа акционерного общества, существует в указанном виде относительно недавно.

С внесением дополнений Федеральным законом РФ от 3 июня 2009 г. №115-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об ак-

ционерных обществах» и статью 30 Федерального закона «О рынке ценных бумаг» в ст. 69 Федерального закона «Об акционерных обществах» появилось новое основание прекращения полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества.

Анализ положений п. 3 ч. 1 ст. 103 Гражданского кодекса РФ и п. 4–7 ст. 69 Федерального закона «Об акционерных обществах» позволяет сделать вывод о том, что истечение срока действия полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества влечет прекращение полномочий лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа общества.

Использование законодателем формулировки «досрочное прекращение полномочий», а также указание в п. 6 ст. 69 Федерального закона «Об акционерных обществах» на необходимость принятия советом директоров (наблюдательным советом) общества решения об образовании единоличного исполнительного органа общества «в течение двух месяцев с даты ... истечения срока действия полномочий ранее образованного единоличного исполнительного органа общества» позволяет сделать вывод о том, что основанием для прекращения полномочий единоличного исполнительного органа является истечение срока, на который первоначально было избрано или назначено конкретное лицо.

Следовательно, истечение срока, на который был образован (избран или назначен) единоличный исполнительный орган общества, влечет прекращение полномочий генерального директора (директора) выступать в указанном качестве от имени общества: полномочия лица как единоличного исполнительного органа общества прекращаются.

Данное положение коренным образом разнится со сложившейся ранее судебной практикой, предусматривающей, что сам по себе факт истечения срока действия полномочий единоличного исполнительного органа не говорит о прекращении полномочий лица, осуществляющего функции указанного органа общества, выступать в качестве такового, ранее образованный единоличный исполнительный орган общества продолжает действовать в указанном качестве вплоть до момента принятия уполномоченным органом общества решения о прекращении его полномочий и об образовании нового единоличного исполнительного органа общества.

Таким образом, в числе оснований прекращения полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества необходимо выделить и такое основание, как истечение срока, на который был образован единоличный исполнительный орган.

Представляется, что законодательное закрепление в качестве основания прекращения полномочий единоличного исполнительного ор-

гана акционерного общества истечения срока, на который был образован данный орган, будет способствовать обеспечению стабильности гражданского оборота и защите прав как участников внутрикорпоративных отношений, так и контрагентов акционерного общества.

Б.А. Булаевский

*Институт законодательства и сравнительного
правоведения при Правительстве РФ*

ОТРАСЛЕВЫЕ ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВЫХ ПРЕЗУМПЦИЙ

1. Любая правовая презумпция (как юридическая конструкция) представляет собой закреплённую в правовой норме модель юридически значимого явления (юридического факта, правоотношения и др.). Такая модель основана на предположении возможного. Она применяется в регулировании общественных отношений при наличии определенных в правовой норме условий, за исключением случаев, когда будут доказаны обстоятельства, указывающие на невозможность ее применения.

Понимая презумпцию как юридическую конструкцию, установить ее отраслевые особенности не представляется возможным.

2. Отраслевые особенности отдельно взятой правовой презумпции могут быть установлены только при рассмотрении её в качестве правового средства, направленного на достижение заданной цели.

3. Наличие общеправовой цели – охраны различных интересов в обществе не исключает множества субординированных ей целей отдельных отраслей права. Такие цели достигаются использованием, с одной стороны, особых наборов правовых средств соответствующих отраслей права, а с другой – особым порядком применения этих средств. Вовлекаемые в обслуживание отраслевых целей правовые средства (в том числе и презумпции) неизбежно приобретают отличительные особенности. Эти особенности наиболее наглядно проявляются при оценке функций правовых средств.

4. Функции правовых средств (в том числе и функции правовых презумпций) понимаются нами как возможные формы их действия в соответствии с заданными целями.

© Булаевский Б.А., 2010

При этом любые правовые средства, являясь элементами правовой системы, реализуя свои особые функции, опосредованно реализуют и отдельные функции соответствующей отрасли права, а также отдельные функции всего права.

5. Не отрицая существования так называемых регулятивной и охранительной функций права, реализация которых призвана упорядочить общественные отношения, следует признать, что упорядочение отношений само по себе ради упорядочения – не самоцель права. Целью права более высокого уровня является указанная ранее охрана интересов в обществе. Сообразно этому функции права не должны сводиться лишь к механическому упорядочению отношений, затеняющему человека и его интересы.

Как упорядочение отношений ориентировано на охрану интересов, так и соответствующие упорядочению отношений функции (регулятивная и охранительная) ориентированы на функции более высокого уровня, выражающиеся в признании интересов, их реализации, обеспечении, а также защите. Указанные возможные формы действия права и выступают функциями более высокого порядка (функция признания интереса, функция реализации интереса, функция обеспечения интереса и функция защиты интереса).

При этом любая из отраслей права индивидуальна в особом проявлении общеправовых функций. Чем более разнятся функции отдельных отраслей права, тем заметнее отличия и функций отдельных правовых средств.

Так, только в отраслях публичного права можно обнаружить презумпции, опровержение которых является предметом обязанности уполномоченных лиц (например, презумпции невиновности в уголовном и административном процессе). В противоположность этому в отраслях частного права обязанности по опровержению презумпций ни на кого не возлагаются.

В то же время презумпция невиновности, закрепленная в Уголовно-процессуальном кодексе РФ (ст. 14) и презумпция невиновности, закрепленная в Кодексе об административных правонарушениях (ст. 1.5), весьма существенно разнятся по выполняемым ими функциям. Сообразно целевым установкам соответствующих отраслей применение наряду с иными правовыми средствами презумпции невиновности в уголовном процессе обеспечивает лицу, подозреваемому (обвиняемому) в совершении преступления, более широкий круг гарантий по реализации, обеспечению и защите его интересов, чем аналогичное применение презумпции невиновности в отношении лица, привлекаемого к административной ответственности.

6. Особые функции отраслевых презумпций обусловлены также и спецификой отношений, восполняемых презумпциями.

Так, презумпция отцовства реализуется в рамках многосторонних отношений. Её особым свойством можно считать согласованное действие в отношении нескольких лиц. Соответственно этому особой функцией данной презумпции является создание специальной правовой связи между указанными лицами. Презумпция авторства призвана упорядочить отношения по поводу результата интеллектуальной деятельности, права на который возникают с момента создания. При этом действует она вне зависимости от заинтересованности создателя такого результата в правах на него. А особая функция состоит в оперативном признании права.

В.О. Бурдин

Пермский государственный университет

ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ КОЛЛЕКТОРСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ.

Коллекторский бизнес появился в России в начале второго тысячелетия. Основными потребителями услуг коллекторской деятельности стали банки, осуществляющие кредитование физических лиц. Автор выбрал тему о правовом положении коллекторской деятельности, так как в России действуют сотни агентств, занимающихся коллекторской деятельностью. При этом отсутствует отдельный нормативно-правовой акт, регулирующий данный вид деятельности. Общероссийский классификатор видов экономической деятельности так же не содержит понятия коллекторской деятельности.

В юридической и экономической литературе существует множество определений понятия коллекторской деятельности. По мнению ряда авторов, коллекторскую деятельность можно определить как конвейер, т.е. максимально формализованное и технологичное взыскание большого объема однотипной, преимущественно бесспорной, задолженности.

Так как не существует официального законодательного определения понятия коллекторской деятельности, автор считает необходимым сослаться на проект ФЗ «О коллекторской деятельности», согласно которому коллекторская деятельность – это определенные законом,

договором или прочим соглашением сторон юридические и фактические действия, направленные на добровольное погашение должником в пользу кредитора просроченной задолженности, проводимые без обращения в суд либо без применения процедуры принудительного взыскания (исполнительное производство).

В литературе упоминается, что коллекторская деятельность осуществляется в двух основных формах: во-первых коллекторское агентство выступает в роли агента кредитора и действует от его имени и за его счет; во-вторых, агентство приобретает право требования к должнику и само действует в качестве кредитора.

По мнению автора, действующее законодательство пока не готово к восприятию особенностей коллекторской деятельности. Однако с развитием экономики и права будут осознаны потребности в законодательном регулировании такого вида деятельности. Например, служба судебных приставов так же не сразу получила свое законодательное оформление. Лишь по прошествии времени законодатель осознал, что без приведения судебных решений в законную силу судебная система потеряет свой авторитет. При этом автор отмечает, что первые шаги на пути легализации коллекторской деятельности уже сделаны. Так, Министерство Экономического развития РФ подготовило проект ФЗ «О коллекторской деятельности», т.е. государство стало осознавать влияние коллекторской деятельности как на хозяйственный оборот, так и на деятельность судебной системы.

Правовое регулирование коллекторской деятельности должно обеспечивать оставление на рынке действительно профессиональных коллекторских агентств, которые будут действовать в полном соответствии с законом и при этом обеспечивать высокое качество оказываемых услуг. Для выполнения указанной задачи, во-первых, должен быть принят нормативно-правовой акт, устанавливающий жесткие критерии для данного вида деятельности, во-вторых, могут быть введены в оборот специальные лицензии, дающие владельцу возможность на законном основании заниматься коллекторской деятельностью, или могут быть организованы саморегулируемые организации (в соответствии с ч.1 ст.2 ФЗ «О саморегулируемых организациях»), в-третьих, необходимо обеспечить контроль за коллекторской деятельностью. Считаем, что контролирующими органами могут являться: Федеральная антимонопольная служба РФ, Федеральная налоговая служба РФ, Министерство внутренних дел РФ, Министерство юстиции РФ.

При формировании законодательства о коллекторской деятельности следует опираться на опыт зарубежных стран, которые имеют достаточно богатую практику в сфере коллекторства. Примером могут

служить: США, где коллекторская деятельность регулируется отдельным федеральным законом «Справедливый закон о практике взыскания долга»; Великобритания, где коллекторская деятельность регулируется в рамках «закона о Потребительском кредите». Кроме того, существует Американская международная коллекторская ассоциация «Международная ассоциация кредитования и коллекторских агентств», европейская «Федерация европейских национальных коллекторских агентств», Всемирный союз сборщиков долгов.

Рассмотрев в первом приближении правовое положение деятельности коллекторских агентств, автор приходит к выводу о том, что этот инструмент модернизации права и экономики РФ, который на современном этапе развития России приобретает самостоятельное значение, начинает развиваться и усложняться. Эволюционный процесс развития коллекторства в рамках рыночной экономики является необходимым условием существования современной финансово-кредитной системы.

Е.В. Вавилин

Саратовская государственная академия права

ДОГОВОР АРЕНДЫ ТРАНСПОРТНЫХ СРЕДСТВ

1. Выделение в ГК РФ норм об аренде транспортных средств является нормативной основой для формирования необходимых положений в отраслевых транспортных кодексах и уставах. Это особенно актуально, так как ГК РФ прямо указывает, что особенности в регулировании подобных отношений могут предусматривать только данные нормативно-правовые акты. Таким образом, требуется научное исследование специфики отношений аренды каждого из основных видов транспортных средств. На наш взгляд, учитывая факторы глобального изменения всего отечественного законодательства, практику поспешных разработок и принятия «сырых» законов, целесообразно не ограничивать правовое регулирование рассматриваемых отношений лишь указанными в ГК РФ транспортными кодексами и уставами. В современных быстро меняющихся социально-экономических условиях требуется принятие подзаконных нормативно-правовых актов.

2. Передача транспортного средства в пользование по договору аренды невозможна без передачи прав владения на арендованное транспортное средство. Правильное законодательное определение неразрывной связи пользования и владения в рассматриваемых правоот-

ношениях решает многие теоретические и практические вопросы, в том числе наиболее спорные, например определение правовой природы фрахтования судов на время (тайм-чартера).

3. В ГК РФ, транспортных кодексах и уставах следует указать перечень требований, предъявляемых к арендатору транспортного средства: а) соответствующую аттестацию (образовательный документ), например авиационного персонала арендатора; б) сертификат (свидетельство, удостоверение) на право управления и техническую эксплуатацию транспортным средством; в) лицензию на право заниматься соответствующей предпринимательской деятельностью при коммерческой эксплуатации транспортного средства.

4. В практике арендных отношений сложилось положение, когда арендаторам, использующим транспортные средства в коммерческой деятельности, менее рентабельно заключать договоры аренды транспортных средств с физическими лицами, не являющимися индивидуальными предпринимателями. Данное законодателем различие в степени рентабельности аренды от наличия или отсутствия у физического лица как арендодателя правового статуса индивидуального предпринимателя не способствует расширению гражданского оборота, снижению себестоимости продукции (работ, услуг), развитию конкуренции и, в частности укреплению конкурентоспособности продукции (работ, услуг). Для устранения указанного негативного правового эффекта представляется необходимым внести законодателем соответствующие изменения в требуемые нормативно-правовые акты по определению основных производственных фондов не по бухгалтерскому учету арендодателя, а, главным образом, по фактическому использованию арендованного имущества, в частности транспортных средств, в производственной и коммерческой деятельности арендатора.

5. Нормы, регулирующие рассматриваемые отношения, разделены в ГК РФ двумя подпараграфами (договор аренды транспортного средства с экипажем и договор аренды транспортного средства без экипажа). Отсутствие общих положений аренды транспортных средств вносит значительные проблемы в определение тех норм, которые должны применяться при заключении договоров с некоторыми признаками, как договора аренды транспортного средства с экипажем, так и договора транспортного средства без экипажа. Таким образом, общие положения по рассматриваемому правовому регулированию желательны. Тем более, что подпараграфы 1 и 2 §3 содержат определенное количество абсолютно идентичных норм, которые могут быть объединены в общие положения аренды транспортных средств.

6. Необходимо включение в ГК РФ определения понятия транспортного средства. Предлагается следующее, наиболее обобщенное, включающее в себя главные, конструктивные признаки, его определение: транспортное средство – техническое устройство, способное к самостоятельному, без посторонней тяги, движению в пространстве (самоходное), с целью перевозки (перемещения) физических лиц и/или материальных объектов.

7. Требуется нормативно-правового толкования термин «техническая эксплуатация транспортного средства». Исходя из экономической и правовой сущности договора аренды транспортных средств с экипажем, представляется, что техническая эксплуатация арендованного транспортного средства должна включать в себя не только капитальный и текущий ремонт, поддержание надлежащего состояния транспортного средства, но и техническое оперативное обслуживание перевозимого груза (погрузка, разгрузка, транспортировка груза).

8. Предлагается предусмотреть нормативное правовое обеспечение возможности арендодателя осуществлять контроль за сохранностью и надлежащим использованием арендованного транспортного средства арендатором.

9. Следует дополнить ст. 615 ГК РФ нормой о пределах использования арендованного транспортного средства.

10. Желательно нормативно закрепить право за арендатором получать от арендодателя консультационную помощь при определенных условиях в техническом обслуживании и эксплуатации транспортного средства.

11. Представляется важным для каждой транспортной отрасли выработать единые федеральные нормативно-правовые специальные критерии для оценки эксплуатационного состояния транспортного средства. Указанные критерии должны учитывать международный опыт и быть унифицированы с имеющейся и формирующейся международной правовой базой.

12. В ГК РФ должна быть включена норма, предусматривающая необходимость определения сторонами более точную характеристику предмета рассматриваемого договора. Контрагенты должны отражать в договоре не только общую характеристику годности транспортного средства к выполнению своих функциональных задач, но и конкретные максимальные или минимальные те или иные технические параметры транспортного средства, обеспечивая тем самым согласованный коэффициент его надлежащей технической готовности к эксплуатации.

13. В законе предлагается конкретизировать место передачи предмета договора арендодателем арендатору. Должно быть обозначено

то место передачи арендованного транспортного средства, которое могло бы служить по своим техническим и функциональным характеристикам проверке показателей уровня эксплуатационного состояния транспортного средства, в том числе соответствия нормативного (документарного) состояния тем реальным практическим проверочным, кроме того, испытательным показателям.

14. Для устранения имеющей место в практике проблемы определения наличия у арендатора «страхового интереса» при заключении им договора страхования арендованного транспортного средства предлагается предусмотреть в законе: при заключении арендатором договора страхования арендованного транспортного средства выгодоприобретателем должен указываться арендодатель, т.е. как лицо, непосредственно несущее риск утраты и повреждения имущества.

О.С. Вагина

Пермский государственный университет

ПРОБЛЕМА ОБРАЩЕНИЯ ВЗЫСКАНИЯ НА НЕЗАВЕРШЕННЫЙ СТРОИТЕЛЬСТВОМ ОБЪЕКТ ДОЛЕВОГО СТРОИТЕЛЬСТВА

Долевое строительство на сегодняшний день является достаточно востребованной и актуальной сферой общественных отношений. Множество граждан вкладывают средства в строительство, в первую очередь, многоквартирных жилых домов с целью последующего приобретения квартир в собственность.

Принятие Федерального Закона от 30 декабря 2004 г. №214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон о долевом строительстве, Закон) способствовало урегулированию на правовом уровне отношений, связанных с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц для строительства объектов недвижимости на долевых началах. Названный Закон устанавливает гарантии защиты прав, законных интересов и имущества участников долевого строительства; даёт определение основным понятиям, используемым в Законе, в том числе понятию «Договор участия в долевом строительстве», регламен-

© Вагина О.С., 2010

тирует его содержание, способы обеспечения исполнения обязательств и другое.

Однако на практике участникам данных правоотношений приходится сталкиваться с различными трудностями. В частности, может возникнуть ситуация, при которой застройщик вынужден приостановить строительство по причине недостаточности денежных средств, несостоятельности строительной организации (застройщика). Как следствие, многоквартирный дом становится объектом незавершенного строительства.

В соответствии с п. 10 ст. 1 Градостроительного Кодекса Российской Федерации, здания, строения, сооружения, объекты, строительство которых не завершено, признаются объектами незавершенного строительства. Объекты незавершенного строительства, на основании ст.ст. 130, 131 Гражданского Кодекса Российской Федерации, признаются объектами недвижимости, права на которые подлежат обязательной государственной регистрации. Согласно п. 5 ст. 13. Закона о долевом строительстве, при возникновении оснований для обращения взыскания на предмет залога, застройщик обязан зарегистрировать право собственности на объект незавершенного строительства.

К объекту незавершенного строительства необходимо применять общие нормы о приобретении права собственности на вновь создаваемую недвижимую вещь, то есть должны быть соблюдены градостроительные и строительные нормы и правила, выполнены определённые законодательные требования (в части получения необходимых документов).

В связи с этим, возникает вопрос: каким образом может быть обращено взыскание на незавершенный строительством объект недвижимости, при условии, что участник долевого строительства намерен приобрести не весь многоквартирный дом, а лишь его часть – квартиру (жилое помещение). Необходимо отметить, что квартира, согласно п. 3 ст. 16 Жилищного Кодекса Российской Федерации, это структурно обособленное помещение в многоквартирном доме, состоящее из одной или нескольких комнат, предназначенных для удовлетворения гражданами бытовых и иных нужд, связанных с их проживанием в таком обособленном помещении. А внутри объекта незавершенного строительства вряд ли может находиться помещение, способное удовлетворить бытовые и иные нужды граждан, связанные с проживанием человека.

Согласно п. 1 ст. 13 Закона, представленный для строительства многоквартирного дома земельный участок, принадлежащий застройщику на праве собственности, или право аренды на указанный земель-

ный участок и строящийся на этом земельном участке многоквартирный дом – считаются находящимися в залоге у участников долевого строительства (залогодержателей) с момента государственной регистрации Договора участия в долевом строительстве (в целях обеспечения исполнения обязательств застройщика (залогодателя)). А согласно п. 2 ст. 13 Закона, при государственной регистрации права собственности застройщика на объект незавершенного строительства, такой объект незавершенного строительства считается находящимся в залоге у участников долевого строительства с момента государственной регистрации права собственности застройщика на такой объект.

В случае банкротства, имущество должника (то есть то, что ему принадлежит) (согласно ст. 131 Федерального Закона от 26.10.2002 №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»), подлежит включению в конкурсную массу. То есть застройщик, зарегистрировав право собственности на незавершенный строительством объект при возникновении оснований для обращения взыскания на него, приобретает статус должника (согласно закону о банкротстве) (если, конечно, право собственности застройщика на имущество не было оспорено). И за счет именно этого имущества будет происходить удовлетворение требований кредиторов (в том числе участников долевого строительства).

Таким образом, представляется целесообразным внести соответствующие коррективы в Закон о долевом строительстве и в Закон о несостоятельности (банкротстве), прописав особенности обращения взыскания на незавершенный строительством объект, и, в частности, на квартиру (как жилое помещение в многоквартирном доме).

В.Г. Голубцов

Пермский государственный университет

**ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЙ ПО ИСКАМ
К ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫМ ОБРАЗОВАНИЯМ:
ПРОБЛЕМА ПОИСКА БАЛАНСА ПУБЛИЧНЫХ
И ЧАСТНЫХ ИНТЕРЕСОВ**

Практически вывод о необходимости соблюдения баланса публичных и частных начал в правовом регулировании отношений с участием государства, каковой может быть достигнут путем совершенствования существующей системы правового регулирования и корректиров-

ки сложившейся правоприменительной практики, может быть проиллюстрирован на проблеме принудительного исполнения судебных решений по искам к государству и иным публично-правовым образованиям.

Актуальность этой проблемы трудно переоценить. Значительное количество неисполненных судебных актов, многочисленные судебные споры, противоречивая, меняющаяся судебная практика предопределили внимание к упомянутой теме со стороны как ученых, так и практиков.

Цивилистические конструкции с участием публичных субъектов не могут не попадать в зависимость от публичной составляющей. Решение спорных вопросов по данному предмету лежит, как указывалось выше, прежде всего, в плоскости установления оптимального соотношения публичных и частноправовых начал при регулировании этих отношений.

Правовой режим, в рамках которого функционирует часть казны, именуемая бюджетом, установлен нормами как гражданского, так и публичного (бюджетного) законодательства: что требует при применении гражданско-правовых норм учитывать особенности публичных субъектов, установленные, в частности, бюджетным законодательством, а при формировании и исполнении бюджета – наличие у публичных субъектов гражданских прав и обязанностей.

Федеральный законодатель, имея в виду это обстоятельство, установил в отношении Российской Федерации порядок исполнения судебных решений, предусматривающий определенные изъятия из общего правила исполнительного производства. Особый порядок обращения взыскания на средства казны в силу прямого указания закона распространяется на средства бюджета Российской Федерации. Непосредственно в Бюджетном кодексе РФ закреплена норма, на основании которой обращение взыскания на средства бюджетов бюджетной системы Российской Федерации службой судебных приставов-исполнителей по общему правилу не производится.

Однако анализ юридической практики свидетельствует о том, что применение судами этих норм делает достаточно затруднительной для контрагентов Российской Федерации реализацию их права на своевременное исполнение вступившего в силу решения суда, а также права на взыскание убытков, причиненных несвоевременным исполнением.

Законодатель, закрепив описанную выше процедуру, должен, однако, принимать во внимание, что судебные акты следует исполнять, а Конституция РФ гарантирует государственную, в том числе судебную,

защиту прав и свобод человека и гражданина (ст. 45, ч. 1; ст. 46, ч. 1 и 2 Конституции РФ), на чем неоднократно настаивал Конституционный суд РФ, указывая, что защита нарушенных прав не может быть признана действенной, если судебный акт или акт иного уполномоченного органа своевременно не исполняется. Не стоит забывать и о том, что данному выводу корреспондирует п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, а также практика его применения Европейским судом по правам человека, указавшим на это, в частности, в решении от 19.03.1997 г. (дело *Hornsby c. Grece* – Rec. 1997–II, fasc. 33) и аналогичных решениях по искам к Российской Федерации.

Анализируя существующую практику применения норм об исполнении решений по искам к публично-правовым образованиям в настоящее время, можно увидеть определенные тенденции.

Так, суды дают расширительное толкование положений ст. 242.3 - 242.5 БК РФ и относят к исполнительным документам, которые должны исполняться в особом порядке, предусмотренным Бюджетным кодексом РФ, например постановления органов пенсионного фонда. Так, по одному из дел суд установил, что подразделение Пенсионного фонда РФ направило в адрес ответчика (отделение Федерального казначейства) постановления о взыскании пени с ряда организаций. В этой связи суд, ссылаясь на положения ст. ст. 242.3 - 242.5 БК РФ, а также на Постановление Пленума ВАС РФ от 17.05.2007 №31, пришел к выводу о том, что, поскольку постановления органа Пенсионного фонда являются исполнительными документами, подлежащими исполнению наравне с исполнительными документами, выданными на основании судебных актов, действия ответчика, выразившиеся в возврате названных постановлений без исполнения, являлись незаконными. По другому делу суд указал, что п. 1 ст. 239 БК РФ предусматривает, что постановление по делу об административном правонарушении, вынесенное мировым судьей, является судебным актом и служит основанием для обращения взыскания на средства бюджетов бюджетной системы РФ в порядке, предусмотренном ст. 242.3 БК РФ. В этой связи суд разъяснил, что указанные в п. 1 ст. 242.1 БК РФ исполнительный лист и судебный приказ не ограничивают круг определенных исполнительных документов.

Указанные обстоятельства свидетельствуют о наличии тенденции, заключающейся в расширении прав взыскателей по такой категории споров.

Показательной является также позиция судов, не допускающих формального подхода в части обязанности принять исполнительный

документ на исполнение. Так, по одному из дел ФАС ДО пояснил, что положения ст. 242.3 БК РФ не предусматривали возврата исполнительного документа по основанию неоткрытия должником лицевого счета получателя средств федерального бюджета в органах Федерального казначейства в субъекте РФ.

Позиция защиты, в первую очередь интересов взыскателей, а не бюджета в данном случае, что показательно, сформировалась и на уровне Президиума ВАС РФ. Так, Президиум ВАС РФ в постановлении от 21.10.2008 № 6758/08 по делу N А51-6706/20076-219 однозначно указал, что заявление о признании незаконными действий территориального управления казначейства по возврату исполнительного листа удовлетворено правомерно, так как в соответствии с ч. 3 ст. 242.1 БК РФ содержится перечень оснований для возврата взыскателю исполнительного документа, в котором такое основание, как отсутствие лицевого счета должника, не названо.

Еще одна позитивная, на наш взгляд, тенденция обнаруживается в вопросе о возможности перехода к обычному (принудительному) порядку исполнения судебных актов в случае нарушения установленного законом трехмесячного срока для добровольного исполнения. Суды исходят из того, что если исполнительный лист не был исполнен и возвращен взыскателю, при таких обстоятельствах взыскатель вправе предъявить исполнительный лист для принудительного исполнения судебному приставу. Необходимо между тем отметить, что методические рекомендации по исполнению актов судебных органов, предусматривающих обращение взыскания по искам к казне Российской Федерации по денежным обязательствам Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, а также актов судебных органов о взыскании денежных средств с бюджетных учреждений, утвержденных Приказом Федеральной службы судебных приставов от 9 ноября 2007 г. № 585, не предусматривают процедуры исполнения в этом случае.

Заметим также, что судебная практика, расширяя по сравнению с законодательно закрепленными права взыскателей тем не менее достаточно последовательно проводит принцип, закрепленный Конституционным судом РФ применительно к указанной сфере отношений. Так, суды разъясняют, что БК РФ предусмотрен механизм, обеспечивающий возможность принятия финансовым органом муниципального образования организационно-технических мер по перераспределению бюджетных средств, находящихся на казначейских счетах таким образом,

чтобы реализация права на судебную защиту не парализовала деятельность соответствующих муниципальных структур и, следовательно, не привела бы к нарушению обеспечиваемых их функционированием прав и свобод человека и гражданина.

Указанное обстоятельство свидетельствует о том, что в практике применения норм о принудительном исполнении решений по искам к публично-правовым образованиям в настоящее время предпринимается попытка установления определенного паритета публичных и частных начал.

Отметим при этом, что практика применения норм бюджетного законодательства и законодательства об исполнительно производстве свидетельствует о наличии пробелов в законодательном регулировании, что делает, как указывалось выше, достаточно затруднительной реализацию прав взыскателей и требует внимания не только правоприменителя, но и в первую очередь законодателя.

В рамках реализации системы законодательных гарантий, предоставляемых участникам гражданских правоотношений, Российская Федерация должна обеспечить соблюдение прав и законных интересов своих контрагентов, в частности путем установления в законодательстве о бюджетном процессе правил, гарантирующих исполнение его положений о добровольном исполнении в установленный срок судебных актов, предусматривающих взыскание средств за счет денежных средств бюджетной системы РФ.

В интересах защиты прав взыскателей по искам к Российской Федерации необходимо четко ограничить сферу применения специальных правил, исключающих возможность принудительного исполнения подобных решений, установленных случаями, касающимися исполнения судебных актов за счет средств соответствующего бюджета.

В случае неисполнения решения в добровольном порядке, установленном бюджетным законодательством, должен применяться общий принудительный порядок исполнения судебных решений за счет иного (нераспределенного) имущества казны.

В целях обеспечения реальной возможности подобного исполнения в законодательство об исполнительном производстве, как представляется, следует внести соответствующие изменения.

Однозначно положительно должно быть оценено в данном контексте принятие и вступление в силу соответствующих законов, регулирующих порядок возмещение убытков, причиненных вследствие заты-

гивая правосудия и исполнения вступивших в законную силу судебных актов.

Н.В. Горина

*Институт государства и права
Тюменского государственного университета*

ОСНОВНЫЕ ПРИНЦИПЫ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ (МУНИЦИПАЛЬНЫХ) КОНТРАКТОВ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ (ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ).

Институт контрактных отношений имеет довольно длительную историю своего существования, поэтому практика его использования в гражданско-правовых отношениях не нова. В нашей стране договоры, обеспечивающие государственные нужды, не случайно именуются законодателем государственными (муниципальными) контрактами (далее – государственные контракты). Это подчеркивает наличие в их правовом режиме публично-правовых элементов, затрагивающих нормативную базу, цель, предмет, субъектный состав, процедурные вопросы заключения и изменения контрактных условий, односторонний отказ от обязательств, ответственность сторон. В целом государственный контракт представляет собой комплексный правовой акт, содержащий одновременно и гражданско-правовые, и административно-правовые элементы. На это справедливо указывают В.А. Карпов и Ю.М. Лермонтов, подчеркивая, что «государственные контракты (договоры) как правовые формы реализации государственных заказов имеют ту особенность, что сочетают в себе элементы административно-правового и гражданско-правового договоров»¹.

В Российской Федерации государственный контракт заключается в порядке, предусмотренном Гражданским кодексом РФ, Бюджетным кодексом РФ и соответствующими федеральными законами. Под государственным контрактом понимается договор, заключенный заказчиком от имени РФ, субъекта РФ или муниципального образования в целях обеспечения государственных или муниципальных нужд. В связи с различным характером государственных нужд понятие государственного контракта предполагает совокупность договоров, имеющих различную

© Горина Н.В., 2010

правовую природу (купли – продажи, договора поставки, подряда, договора об оказании услуг), регулируемых ГК РФ².

К государственным контрактам также применяются основные принципы свободы договоров, но в случаях размещения заказа по нормам Закона от 21 июля 2005 г. №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнении работ, оказании услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее Закон №94-ФЗ) имеются свои особенности³. Основными принципами в соответствии со ст. 421 ГК РФ, отнесенными к свободе договора, относятся :

– принцип свободы заключения договора, в том числе выбора другой стороны договора (контрагента). В случаях, определенных Законом №94 – ФЗ, этот принцип проходит стадии процедур размещения заказа и имеет относительный характер.

– принцип свободы выбора модели договора. Данный принцип хотя и используется, но имеет строго ограничительные позиции в соответствии с нормами Закона №94-ФЗ. В соответствии со ст. 9 данного закона, государственный контракт может быть заключен на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг. Остальные конструкции договоров, используемых в гражданском законодательстве, вряд ли могут использоваться в соответствии с Законом №94-ФЗ;

– принцип свободы условий договора. Свобода условий в данном случае имеется только у заказчика. Заказчик должен определить все существенные условия контракта и прикрепить проект контракта к документации об аукционе, конкурсной документации и документам, определяющим проведение запроса котировок цен. Таким образом, государственный контракт выглядит определенной разновидностью договора присоединения. Несмотря на то что большинство исследователей склонны утверждать, что основной сферой применения таких договоров выступает, в основном, сфера монопольного положения субъектов в области продаж определенных товаров, выполнения определенных работ или оказания определенных услуг, нам кажется необходимым указать на то, что при заключении такого типа контрактов контрагент, явившийся победителем, выступает как сторона, изначально согласившаяся на условия, обозначенные заказчиком при проведении соответствующих процедур⁴.

С 1 января 2006 г. в Российской Федерации действует Закон №94-ФЗ, который регулирует отношения, связанные с размещением заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд, в том числе устанавливает единый порядок размещения заказов. В свою очередь, под государственным заказом нами понимается обоснованная и оформленная по-

требность в поставках товаров, выполнении работ и оказании услуг для государственных нужд. Однако в правоприминительной практике возникает достаточное количество вопросов и проблем в связи с реализацией принципов заключения государственных(муниципальных) контрактов при размещении государственного заказа. В подтверждение тому, является анализ практики рассмотрения споров ФАС УрФО за 2009 г.⁵.

Основу системы удовлетворения государственных нужд с помощью конкурсных процедур составляют определенные принципы, которые можно разделить на две группы. Первую группу принципов составляют так называемые «свойства торгов», т.е. без них будет под вопросом само существование конкурсной системы.

Особо следует отметить принцип свободы равенства, а именно категорическим требованием является недопущение дискриминационных мер в отношении к какому-либо из участников⁶.

Вторая группа принципов связана с затратами (издержками), возникающими в ходе конкурсного размещения заказов и выполнения других процедур, связанных с государственными закупками. Используя данные принципы, можно оценить правильность организации закупок.

Третьим принципом является законность деятельности государственных заказчиков, которая подразумевает строгое соблюдение установленного порядка процедур проведения закупок, включая выборы методов закупки в зависимости от объема и характера приобретаемых товаров и услуг, которые должны быть определены законодательными и нормативными документами.

И, наконец, четвертый принцип – эффективность подразумевает осуществление закупки требуемой продукции с максимальной выгодой для покупателя, в качестве которого выступает государство. Причем для государства выгода может быть прямая (экономия средств) и косвенная (борьба с коррупцией, стимулирование конкуренции, поддержка собственных товаропроизводителей, расширение налоговой базы и т.д.).

Подводя итог всему вышеизложенному, следует отметить, государственные контракты – особый вид договоров, в соответствии со ст. 525 ГК РФ регулируемые не только непосредственно ГК РФ, но и другими нормативно-правовыми актами, законодательством о размещении государственных заказов, в первую очередь. Размещение государственных заказов, помимо законодательства, осуществляются на основании определенных принципов, реализация которых на практике требует дальнейшего совершенствования гражданского законодательства в системе размещения государственных заказов в РФ. Несомненно, роль судебной практики велика, но основные критерии такого определения

должны быть заложены в законодательстве. Подтверждением тому служат совершенно справедливые, на наш взгляд, слова выдающегося русского цивилиста И.А. Покровского: «Там, где проблема представляет наибольшие трудности, где желательная норма нелегко поддается формулированию, где вопрос не вполне ясен, законодатель с легкостью прибегает к излюбленному приему – употребляет какое-нибудь общее выражение, создает один из так называемых «каучуковых» параграфов, представляя затем судам и юриспруденции вложить в него надлежащее содержание. Прием, конечно соблазнительный, но представляющий не решение проблемы, а уклонение от нее»⁷.

¹ Карпов В.А. Актуальные проблемы применения законодательства Российской Федерации о размещении заказов для государственных нужд // Юридический мир. Общероссийский научно-практический правовой журнал. 2008. №2. С. 26.

² Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. №32. Ст. 3301.

³ Российская Федерация. Законы. О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд: федер. закон от 21.07 2005г. №94-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2005. №33. Ст. 5045.

⁴ Андреева Л.В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд // Правовое регулирование. М.: Волтерс Клувер, 2009.

⁵ Богданова И., Качур Н. О субъектном составе государственного (муниципального) контракта на выполнение работ для государственных (муниципальных) нужд // Хозяйство и право. 2007. №5. С. 34.

⁶ Вестник ФАС УрФО. 2010. №1.

⁷ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут. 2001.

Р.Ю. Грачев

*Московский областной союз общественных организаций
инвалидов локальных войн и конфликтов Вооруженных сил*

НЕКОТОРЫЕ ТЕНДЕНЦИИ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ ПАТРОНАЖА В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Патронаж в России долгое время использовался как форма попечительства и только с 01 сентября 2008 г., после вступления в силу Федерального закона от 24 апреля 2008 г. №48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» и внесения изменений в ст. 41 ГК РФ, патронаж приобрел статус самостоятельного института права что, несомненно, более точно

отражает его правовую природу. Однако до настоящего времени одни ученые и практики продолжают рассматривать его как форму попечительства¹; другие связывают перспективы развития законодательства в этой сфере с совершенствованием социального законодательства², что является препятствием дальнейшему совершенствованию правового регулирования патронажных договорных отношений и обуславливает актуальность настоящей статьи.

В диссертационном исследовании А.Б. Позднякова, четко прослеживается авторская позиция о передаче функций организации патронажных договорных диспозитивных отношений органам социальной защиты населения, с которой трудно согласиться, так как деятельность этих органов базируется на императивных началах, более соответствующих социальному законодательству.

Исследователь полагает, что «органы социальной защиты населения обязаны осуществлять контроль за деятельностью помощников, оказывающих патронажные услуги»³, в то время как в ГК РФ в п. 3 ст. 41 ГК РФ эти функции переданы органам опеки и попечительства, а также что «регистрация патронажного договора должна производиться в органах управления социальной защиты и патронажа населения»⁴.

Свою позицию А.Б.Поздняков обосновывает следующим: «В связи с тем, что в новой редакции ст. 41 ГК РФ законодатель признал патронаж самостоятельным институтом гражданского права, исключив указание, что патронаж является формой попечительства, соответственно, полномочия органов опеки и попечительства в сфере патронажа следует передать органам социальной защиты населения. В целях приведения в соответствие содержания правосубъектности и названия этих органов предлагается изложить его в следующей редакции: Органы социальной защиты и патронажа населения»⁵.

Следует обратить внимание на то, что под отраслевой правосубъектностью в правовой доктрине понимается способность быть субъектом права той или иной отрасли. Буквальное толкование предложенной А.Б.Поздняковым редакции ст. 41 ГК РФ позволяет сделать вывод, что исследователь пытается привести содержание правосубъектности органов опеки и попечительства в соответствии с требованиями отрасли права социального обеспечения, что, несомненно, искажает отраслевую цивилистическую природу патронажных отношений.

В исследовании А.Б.Позднякова имеются и другие противоречия. Так, например, ученый отмечает, что «не поддерживает мнение о том, что патронаж является способом социального обеспечения, так как последнее ориентировано, в первую очередь, на материальную помощь нетрудоспособным гражданам»⁶. С одной стороны, исследователь не

считает патронаж способом социального обеспечения, но в то же время, пытается дать определение патронажа, используя дефиницию «помощь», имеющую нецивилистическую отраслевую принадлежность.

По его мнению, «патронаж в узком смысле представляет собой гражданско-правовой институт, объединяющий нормы, регламентирующие основания и порядок оказания регулярной правовой и иной помощи (услуг) дееспособным, но физически немощным гражданам (патронируемым)...»⁷. На наш взгляд, трудно согласиться с этой позицией А.Б. Позднякова, обосновывающего «патронаж» и оперирующего дефиницией «помощь (услуга)», позволяющей считать, что помощь и услуга рассматриваются им как понятия тождественные. Помощь – это публично-правовая дефиниция, регламентируемая нормами права социального обеспечения, основанная на императивных началах. Услуга, в отличие от помощи, – дефиниция гражданско-правовая, требующая диспозитивного режима. Поэтому применение дефиниций «помощь» и «услуга» как синонимов неприемлемо. Только с помощью цивилистической категории «услуга» можно дать определение патронажа как самостоятельного гражданско-правового института.

Далее, если судить об определении патронажа в широком смысле, под которым А.Б. Поздняков понимает «различные виды социальной помощи (услуг), в том числе медицинской, бытовой, нуждающимся слоям населения, а также включает в себя вид контроля за подготовкой и проведением общественно значимых мероприятий»⁸, то это не что иное, как социальная помощь, требующая императивного режима, являющаяся предметом права социального обеспечения, что вновь подчеркивает приверженность ученого взглядам сторонников науки права социального обеспечения.

Представляется, что вопрос о передаче функций социального сопровождения лиц, находящихся в трудной жизненной ситуации и нуждающихся в патронаже, – не технический, а принципиальный вопрос, ответ на который позволит выявить общие тенденции и перспективы развития патронажа. В настоящее время ведется дискуссия по поводу признания правовой природы договора об организации приемной семьи для пожилых людей и инвалидов, рассматриваемого законодательством субъектов РФ в качестве формы социального обслуживания, регламентируемого ФЗ «О социальном обслуживании пожилых людей и инвалидов», как договора социально-обеспечительного. Однако этот договор является, несомненно, гражданско-правовым, поскольку представляет собой, как видно, разновидность «иного» патронажного договора, предусмотренного п. 4 ст. 41 ГК РФ. Думается, орган социальной защиты населения, показавший свою несостоятельность в условиях обновле-

ния социальной модели государства, вряд ли способен стать равноправным партнером, имеющим не только гражданские права, но и обязанности в диспозитивных договорных патронажных отношениях⁹.

Представляется, что общей тенденцией развития патронажа, как эффективного правового средства защиты прав дееспособных инвалидов и ветеранов локальных войн и военных конфликтов, должно быть признано дальнейшее совершенствование гражданского, а не социального законодательства, что обуславливает необходимость дальнейших цивилистических исследований в этой сфере.

¹ См.: *Гришаев С.П.* Доверительное управление имуществом: от накопительной части трудовой пенсии до наследования имущества // Библиотечка «Российской газеты». 2010. Вып. 10. С. 47.

² См.: *Поздняков А.Б.* Институт патронажа в Российской Федерации: автореф. ... дисс. канд. юрид. наук. М., 2010. 26 С.

³ См.: *Там же*. С. 12

⁴ *Там же*. С. 14.

⁵ *Там же*. С. 18.

⁶ *Там же*. С. 12.

⁷ *Там же*. С. 11.

⁸ *Там же*. С. 12.

⁹ См.: *Барков А.В.* Рынок социальных услуг: проблемы правового регулирования.: автореф. дисс. ... док. юрид. наук. М., 2008. 60 С.

Е.А. Грызыхина

Омский государственный университет

О ПРИВЛЕЧЕНИИ ДЕНЕЖНЫХ СРЕДСТВ ГРАЖДАН ДЛЯ СТРОИТЕЛЬСТВА МНОГОКВАРТИРНЫХ ДОМОВ

Федеральным законом от 17.06.2010 №119-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" и отдельные законодательные акты Российской Федерации» внесены изменения, в том числе и в Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. №214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон о долевом участии, Закон).

© Грызыхина Е.А., 2010

Корректировке в очередной раз подверглась ст. 1 Закона о долевом участии, определяющая предмет его регулирования. В результате чего сфера данного Закона не ограничивается отношениями, опосредуемыми договором участия в долевом строительстве, как это было ранее. Закон регулирует отношения, связанные с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц для долевого строительства многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости и возникновением у участников долевого строительства права собственности на объекты долевого строительства и права общей долевой собственности на общее имущество в многоквартирном доме и (или) ином объекте недвижимости, а также устанавливает гарантии защиты прав, законных интересов и имущества участников долевого строительства. При этом представляется более верным связать факт привлечения денежных средств для строительства и возникновения права собственности на объект долевого строительства как причину и следствие.

В целях стабилизации отношений на рынке долевого строительства, где не прекращаются поиски способов «ухода» от Закона о долевом участии, существенное значение имеет ч. 2 ст. 1 Закона. В соответствии с данной нормой привлечение денежных средств граждан, связанное с возникающим у граждан правом собственности на жилые помещения в многоквартирных домах, которые на момент привлечения таких денежных средств граждан не введены в эксплуатацию в порядке, установленном законодательством о градостроительной деятельности, допускается только:

- 1) на основании договора участия в долевом строительстве;
- 2) путем выпуска эмитентом, имеющим в собственности или на праве аренды, праве субаренды земельный участок и получившим в установленном порядке разрешение на строительство на этом земельном участке многоквартирного дома, облигаций особого вида - жилищных сертификатов, закрепляющих право их владельцев на получение от эмитента жилых помещений в соответствии с законодательством Российской Федерации о ценных бумагах;
- 3) жилищно-строительными и жилищными накопительными кооперативами в соответствии с федеральными законами, регулирующими деятельность таких кооперативов.

Несмотря на то что новая редакция по существу дублирует предыдущую, ее действие подкреплено запретом на привлечение денежных средств граждан для строительства в ином порядке, установленной административной ответственностью в виде штрафа для лиц, привлекающих денежные средства в нарушение этих требований. В судебных актах так же можно встретить указание на недопустимость иных

способов привлечения средств граждан для долевого строительства, помимо предусмотренных Законом о долевом участии (Постановление ФАС Московского округа от 27.04.2010 №КА-А41/3858-10 по делу №А41-17993/09; Постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 13.11.2008 №Ф04-6990/2008(15895-А03-31) по делу №А03-4753/2008-10, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 12.12.2008 №Ф08-7249/2008 по делу №А32-9527/2008-34/163-109АЖ).

Кроме того, сделка по привлечению денежных средств граждан для строительства, совершенная в нарушение данных требований, может быть признана судом недействительной только по иску гражданина, заключившего такую сделку (ч. 2.1. ст.1). Однако такая формулировка закона неизбежно порождает сложности на практике. Во-первых, несмотря на установленный запрет на совершение таких сделок, презюмируется их действительность. Во-вторых, закрепив оспоримость такой сделки, законодатель не указал условия удовлетворения такого иска (кроме самого факта обращения гражданина). В-третьих, приобретение права собственности на объект недвижимости, полученный по такой сделке, путем государственной регистрации права остается вне правового поля. Государственный регистратор в этом случае вполне может отказать в государственной регистрации права, поскольку сделка-основание не соответствует требованиям действующего законодательства (ст. 20 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»). Оптимальным представляется установление ничтожности сделки, опосредующей привлечение денежных средств граждан способом, не предусмотренным Законом о долевом участии.

Что касается правового регулирования этих трех способов привлечения средств граждан, то первому непосредственно посвящен Закон о долевом участии, второй им же схематично определен, третий должен быть реализован согласно законодательству о жилищно-строительных и жилищно-накопительных кооперативах.

При этом привлечение денежных средств жилищными накопительными кооперативами регулируется соответствующим федеральным законом. В то же время порядок, условия привлечения средств граждан жилищно-строительными кооперативами, гарантии прав вступивших в кооператив членов практически не урегулированы. Посвященные деятельности жилищных и жилищно-строительных кооперативов главы Жилищного кодекса РФ оставляют этот аспект без внимания.

В судебной практике также нельзя встретить однозначную позицию о порядке привлечении жилищно-строительными кооперативами денежных средств граждан при строительстве. Так, при решении вопро-

са о правомерности привлечения к административной ответственности товарищества собственников жилья суд исключал в его статусе и деятельности признаки способов привлечения средств граждан, предусмотренных Законом. Привлечение средств жилищно-строительным кооперативом, по оценке суда, регулируется Жилищным кодексом РФ, а не Законом о долевом участии (Постановление ФАС Поволжского округа от 20.05.2008 по делу №А49-7643/2007). Привлечение денежных средств жилищно-строительным кооперативом, не обладающим статусом застройщика (в отсутствие надлежаще оформленных прав на земельный участок под застройку и разрешения на строительство) само по себе не получает негативной оценки (Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 23.11.09 № от 23 ноября 2009 г. по делу №А75-4904/2009).

В другом деле ЖСК привлечен к административной ответственности за неправомерное привлечение денежных средств граждан для целей строительства многоквартирных домов, поскольку жилищно-строительный кооператив заключил с гражданами договоры о долевом участии до получения разрешения на строительство и при отсутствии проектной декларации, а указанные договоры не прошли государственную регистрацию (Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 04.12.2008 №Ф04-7523/2008(16979-А45-32) по делу №А45-7000/2008-52/163).

В связи со сказанным представляется, что процесс совершенствования законодательства об участии граждан в долевом строительстве не завершен.

Е.Г. Давыдов

Пермский государственный университет

К ВОПРОСУ О ФИКТИВНЫХ КОРПОРАТИВНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

Под фиктивными корпоративными правоотношениями мы будем понимать правоотношения по созданию, участию, управлению юридическими лицами, формально соответствующие требованиям закона, но содержательно противоречащие ему. На практике среди фиктивных гражданских правоотношений наиболее часто создаются фиктивные правоотношения именно в указанной сфере. Однако в действующем

законодательстве до сих пор отсутствуют механизмы противостояния этому негативному явлению.

Значительное число фиктивных правоотношений связано с созданием и деятельностью некоммерческих организаций. Действующее законодательство содержит обширный перечень организационно-правовых форм некоммерческих организаций. В соответствии с ч. 3 ст. 50 Гражданского кодекса РФ юридические лица, являющиеся некоммерческими организациями, могут создаваться в форме потребительских кооперативов, общественных или религиозных организаций (объединений), учреждений, благотворительных и иных фондов, а также в других формах, предусмотренных законом. Федеральными законами предусмотрена возможность создания также таких некоммерческих организаций, как некоммерческие партнерства, государственные корпорации и государственные компании¹, саморегулируемые организации², садоводческие, огороднические и дачные некоммерческие объединения граждан (товарищества, потребительские кооперативы, партнерства)³, торгово-промышленные палаты⁴, объединения работодателей⁵, общества взаимного страхования⁶, товарищества собственников жилья⁷ и др. Для нашего исследования интерес представляют общественные организации, некоммерческие партнерства и фонды, поскольку именно эти организационно-правовые формы некоммерческих организаций наиболее часто используются при создании фиктивных правоотношений.

Несмотря на разнообразие предусмотренных законом организационно-правовых форм все некоммерческие организации обладают общими чертами. Эти общие черты характеризуют их статус как некоммерческих юридических лиц. В частности, некоммерческие организации могут не подпадать под действие Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о конкуренции), если в соответствии со ст. 4 указанного Федерального закона они не являются хозяйствующими субъектами, имеют ряд преимуществ, связанных с налогообложением, на некоммерческие организации не распространяется установленный п. 4 ч. 3 ст. 575 Гражданского кодекса РФ запрет на дарение.

Так, гл. 5 Закона о конкуренции предусмотрена возможность предоставления хозяйствующим субъектам государственных и муниципальных преференций - преимущества, которое обеспечивает им более выгодные условия деятельности, путем передачи государственного или муниципального имущества, иных объектов гражданских прав либо путем предоставления имущественных льгот. Предоставление таких преференций требует соблюдения определенной процедуры, в частности получения предварительного письменного согласия антимонополь-

ного органа⁸. Однако указанное требование действует только в отношении хозяйствующих субъектов – индивидуальных предпринимателей, коммерческих организаций, а также некоммерческих организаций, осуществляющих деятельность, приносящую им доход⁹. Исходя из этого решением Пермской городской Думы от 25.12.2007 №315 утвержден Порядок предоставления муниципальной преференции и преференции, не являющейся муниципальной, в виде скидки по арендной плате¹⁰ (далее – Порядок). Порядок предусматривает предоставление некоммерческим организациям, являющимся арендаторами муниципального имущества и не относящимся в соответствии с Законом о конкуренции к хозяйствующим субъектам (далее – нехозяйствующие субъекты), преференции, не являющейся муниципальной, в виде скидки по арендной плате. Решение о предоставлении такой преференции принимается Пермской городской Думой без согласования с антимонопольным органом. Таким образом, статус нехозяйствующего субъекта дает его обладателю определенные преимущества, в частности, возможность получения муниципальной преференции без согласования с антимонопольным органом.

На практике имели место случаи, когда некоммерческая организация обращалась за предоставлением преференции, не являющейся муниципальной, и получала ее, будучи при этом участницей фиктивного корпоративного правоотношения.

Из анализа норм Гражданского кодекса РФ, Федерального закона от 12.01.1996 № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»¹¹ следует, что основной, сущностной характеристикой некоммерческой организации, отличающей ее от прочих юридических лиц, является то, что такая организация не имеет извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности, а полученная прибыль не распределяется между участниками. Однако действующее законодательство позволяет некоммерческим организациям выступать учредителями других, в том числе коммерческих, юридических лиц. При этом участие в коммерческой организации не признается деятельностью, приносящей доход, и не влияет на статус учредителя как нехозяйствующего субъекта. Таким образом, некоммерческая организация, будучи учредителем коммерческого юридического лица, участвует в распределении прибыли от его деятельности. Однако это обстоятельство не признается деятельностью, приносящей доход, и не влияет на статус некоммерческой организации как нехозяйствующего субъекта.

Налицо участие в фиктивном правоотношении, которое формально соответствует закону, но фактически является механизмом для неправомерного получения определенных преимуществ. Некоммерче-

ская организация получает возможность опосредованно осуществлять приносящую доход деятельность, участвовать в распределении прибыли от этой деятельности, сохраняя при этом преимущества статуса нехозяйствующего субъекта.

Следует отметить, что при рассмотрении вопроса о предоставлении преференции, не являющейся муниципальной, организациям, которые выступали учредителями коммерческих юридических лиц, Контрольно-счетной палатой г. Перми было дано заключение о несоответствии данных организаций категории нехозяйствующего субъекта. Однако это заключение не повлияло на принятие Пермской городской Думой решения о предоставлении указанным организациям помощи, не являющейся муниципальной, в виде скидки по арендной плате.

По мнению автора, участие в коммерческом юридическом лице противоречит самой сути некоммерческой организации и в ряде случаев является механизмом для злоупотребления правом. Фактически законодатель, позволяя некоммерческим организациям выступать учредителями коммерческих юридических лиц, нивелирует принцип специальной (ограниченной) правоспособности некоммерческих организаций, поскольку любая из таких организаций имеет возможность осуществлять деятельность, лежащую за пределами своей специальной правоспособности, посредством созданного ею универсально правоспособного субъекта.

¹ Федеральный закон от 12.01.1996 №7-ФЗ «О некоммерческих организациях» // Собрание законодательства РФ. 1996. №3. Ст. 145.

² Федеральный закон от 01.12.2007 №315-ФЗ «О саморегулируемых организациях» // Собрание законодательства РФ. №49. Ст. 6076.

³ Федеральный закон от 15.04.1998 №66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» // Собрание законодательства РФ. №16. Ст. 1801.

⁴ Закон РФ от 07.07.1993 №5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» // Российская газета. 1993. №154.

⁵ Федеральный закон от 27.11.2002 №156-ФЗ «Об объединениях работодателей» // Парламентская газета. 2002. №229.

⁶ Федеральный закон от 29.11.2007 № 286-ФЗ «О взаимном страховании» // Собрание законодательства РФ. 2007. №49. Ст. 6047.

⁷ Федеральный закон от 29.12.2004 №188-ФЗ / «Жилищный кодекс Российской Федерации» / Собрание законодательства РФ. 2005. №1 (ч. 1). Ст. 14.

⁸ Часть 3 ст. 19 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» // Собрание законодательства РФ. 2009. №29. Ст. 3601.

⁹ Пункт 5 ст. 4 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» // Российская газета. 2006. №162.

¹⁰ Официальный бюллетень органов местного самоуправления муниципального образования г. Пермь. 2007. №97.

¹¹ Собрание законодательства РФ. 1996. №3. Ст. 145.

Е.В. Ельникова

Российский государственный социальный университет

**ПРАВОВАЯ КВАЛИФИКАЦИЯ ДЕЙСТВИЙ
ПО ВНЕСЕНИЮ ЗЕМЕЛЬНОГО УЧАСТКА
В ОПЛАТУ ДОЛИ В УСТАВНОМ КАПИТАЛЕ
ОБЩЕСТВА С ОГРАНИЧЕННОЙ
ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ**

Конструкция юридического лица предполагает особую модель взаимоотношений между учредителями (участниками) и созданной ими организацией, в соответствии с которой участники имеют по отношению к ней лишь обязательственные права (п. 2 ст. 48 ГК РФ). Из этого следует, что земельный участок при внесении его в уставный капитал хозяйственного общества выбывает из собственности учредителя и переходит в собственность созданного юридического лица. В связи с этим возникает ряд вопросов об основаниях и моменте приобретения новым субъектом права собственности на передаваемое имущество в виде земельного участка.

Порядок внесения вкладов в уставный капитал общества предусмотрен ст. 16 Закона об ООО¹, по которой каждый учредитель общества должен полностью внести свой вклад в уставный капитал общества в течение срока, который определен договором о создании общества и который не может превышать одного года с момента государственной регистрации общества. На момент государственной регистрации общества его уставный капитал должен быть оплачен учредителями не менее чем наполовину.

Реализация правила о предварительной оплате учредителями уставного капитала не представляется возможной в случаях, когда в счёт оплаты доли передаётся земельный участок или иное имущество, поскольку стороной акта приёма-передачи не может выступать ещё не существующий юридически до момента его государственной регистрации субъект права. Следовательно, заявитель при подаче документов на

государственную регистрацию ООО лишён возможности предоставить доказательства, подтверждающие формирование уставного капитала в неденежной форме в указанном объёме к этому моменту. Следует отметить, что Федеральный закон «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»², устанавливающий порядок проведения регистрационных действий, не предусматривает необходимости представления акта приёма-передачи земельного участка для осуществления государственной регистрации ООО. Тем не менее, поскольку заявитель не освобождается от ответственности за сообщение недостоверных сведений, обычно рекомендуют производить частичную оплату уставного капитала в денежной форме путём перечисления средств на временный накопительный счёт в банке, а уже после государственной регистрации общества заключать с ним акт приёма-передачи земельного участка. Такой вариант можно считать лишь одним из способов преодоления рассматриваемой ситуации. В целях окончательного разрешения сложившегося противоречия было бы целесообразным внесение изменений в ст. 16 Закона об ООО и закрепление правила об оплате уставного капитала в неденежной форме в течение определённого срока (к примеру, одного месяца) после государственной регистрации ООО.

В литературе высказываются и иные заслуживающие внимания предложения по совершенствованию законодательства, регулирующего возникающие в этой связи отношения. Так, В.А. Алексеев также считает невозможным выполнение требования закона об оплате к моменту государственной регистрации ООО 50% уставного капитала недвижимым имуществом, если под этим понимать состоявшийся переход права собственности к вновь созданному юридическому лицу, так как право собственности не может перейти к тому, чего ещё нет. По его мнению, закон и судебная практика исходят из того, что под оплатой уставного капитала юридического лица понимается определённое обособление вносимого в уставный капитал имущества, которое исключает распоряжение этим имуществом учредителями до момента регистрации юридического лица. Автор полагает, что оптимальным способом такого обособления могла бы стать государственная регистрация сделки, направленной на внесение недвижимого имущества в уставный капитал вновь создаваемого юридического лица. Внесение такой сделки в реестр обременений по данному объекту, во-первых, не позволило бы его собственнику распорядиться им путём отчуждения, во-вторых, могло бы рассматриваться органом, регистрирующим ООО, в качестве доказательства выполнения требования о частичной оплате уставного капитала на момент регистрации³.

Представляется обоснованным и заслуживающим одобрения изложенное в Концепции о развитии законодательства о юридических лицах предложение о том, что при учреждении хозяйственного общества весь уставный капитал должен оплачиваться в денежной форме, а при последующем увеличении его размера допускается внесение и неденежных вкладов.

Право собственности на земельный участок у учреждаемого хозяйственного общества возникает в результате совокупности действий, образующих сложный юридический состав, таких как договор о создании общества с указанием и сроков передачи учредителями имущества обществу (решение единственного учредителя); принятие устава; оформление кадастрового паспорта земельного участка; фактическая передача земельного участка, оформляемая актом приёма-передачи; государственная регистрация права собственности на земельный участок созданного хозяйственного общества (в ряде случаев, установленных законодательством, требуется предварительная государственная регистрация права собственности учредителя на передаваемый земельный участок при её отсутствии) и пр.

В литературе нет единого мнения в отношении определения состава таких действий и их правовой природы. Большинство учёных, занимавшихся исследованием этой проблемы, склоняются к договорной концепции формирования уставного капитала. Различия в их подходах заключаются лишь в квалификации договоров, являющихся основанием перехода права собственности на земельный участок (или иное имущество в неденежной форме) к создаваемому хозяйственному обществу.

Например, Н.В. Козлова в качестве такого основания предлагает в одном случае рассматривать договор о создании юридического лица, предусматривающий передать определённое имущество в уставный капитал ещё не созданного юридического лица. В другом случае договор о совместной деятельности по созданию юридического лица, по её мнению, может содержать условие о том, что после государственной регистрации учредитель обязуется заключить с ним гражданско-правовой договор передачи имущества. В этом случае учредительный договор приобретает характер предварительного договора в пользу третьего лица⁴.

В.А. Алексеев, допуская возможность передачи недвижимого имущества хозяйственному обществу до его государственной регистрации, предлагает считать такие действия сделкой с отлагательным условием в пользу третьего лица, которое возникнет в будущем, поскольку она «непосредственно не влечёт перехода права от учредителя к создаваемому юридическому лицу, а связывает этот переход с условием, ко-

торое может и не наступить – с регистрацией вновь созданного юридического лица (п. 1 ст. 157 ГК РФ)»⁵. Такой подход не позволяет, однако, выявить характерные особенности такой сделки, определяющие её природу.

По мнению А.С. Трифонова, внесение земельных участков в уставный капитал коммерческих организаций относится к договору мены, так как в результате совершения такой сделки происходит, по сути, «мена земельного участка на обязательственные права, удостоверяемые акциями или выраженные в виде доли в уставном капитале»⁶. Отмечая непривычность для отечественной цивилистики конструкции мены имущественных прав, И.В. Елисеев в принципе допускает возможность заключения такого договора, поскольку «из содержания главы 31 ГК РФ невозможно усмотреть прямого запрета договоров мены имущественных прав. ... Сама по себе мена имущественных прав не противоречит природе договора мены»⁷. Однако можно ли квалифицировать в качестве договора мены внесение учредителями земельного участка в уставный капитал? Даже в том случае, когда действия по его передаче имеют место после государственной регистрации создаваемого хозяйственного общества в качестве нового самостоятельного субъекта гражданских прав и обязанностей, такая квалификация вызывает сомнения.

Анализ рассмотренных подходов, отражающих в том числе и различие теоретических позиций сложившихся цивилистических школ, позволяет сделать вывод о возможности рассмотрения в качестве основания перехода права собственности на земельный участок при внесении его в оплату доли в уставном капитале ООО договора об учреждении ООО, определяющего в том числе размер его уставного капитала, а также размеры долей учредителей в уставном капитале общества и порядок их оплаты. При учреждении ООО одним лицом такое же значение будет иметь решение единственного учредителя об учреждении общества.

В практике деятельности органов, осуществляющих государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, нередко имеют место требования представления для государственной регистрации дополнительно к указанным выше основаниям самостоятельного гражданско-правового договора между уже зарегистрированным акционерным обществом и его учредителями, содержанием которого является передача земельного участка и иного имущества в оплату размещаемых акций. Гражданское законодательство в принципе допускает возможность заключения непоименованных договоров, но применительно к данной ситуации не устанавливает обязательность их заклю-

чения, вследствие чего такое требование представляется излишним и нецелесообразным в силу достаточности названных выше оснований.

¹ Федеральный закон от 08.02.1998 №14 -ФЗ (ред. от 02.08.2009) «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 16.02.1998. №7. Ст. 785.

² Федеральный закон от 08.08.2001 №129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» // СЗ РФ. 13.08.2001. №33 (ч. I). Ст. 3431.

³ Алексеев В.А. Недвижимое имущество: государственная регистрация и проблемы правового регулирования. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 429–430.

⁴ Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М., 2005. С. 292–294.

⁵ Алексеев В.А. Указ. соч. С. 428–429.

⁶ Трифонов А.С. Правовой режим земель промышленности. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 72.

⁷ Гражданское право: учебник. Ч. II / под ред. А.П.Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 1997. С. 114.

Н.Е. Ермакова

Пермский государственный университет

**ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННОЙ
РЕГИСТРАЦИИ ПРАВ НА НЕДВИЖИМОЕ
ИМУЩЕСТВО И СДЕЛОК С НИМ ДЛЯ ЛИЦ,
ПРИБРЕТАЮЩИХ ПРАВА
НА НЕДВИЖИМОЕ ИМУЩЕСТВО**

Специфика правового режима недвижимости по действующему российскому законодательству проявляется в необходимости государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество, включая их ограничения, и сделок с ним (далее – регистрация прав). Принято считать, что регистрация прав как наиболее эффективное внешнее проявление вещных прав на недвижимость, прежде всего, является способом обеспечения публичности вещных прав на недвижимость, в том числе способом информирования лиц, приобретающих права на объект недвижимости, о его правовом положении. Регистрация прав, с помощью которой лица получают возможность формировать отношения по поводу объекта недвижимости, адекватные его правовому положению, рассматривается в качестве одной из мер по защите интересов указанных лиц и средства достижения устойчивости гражданского оборота,

так как исключает возможность оспаривания приобретенных ими прав по мотиву неуправомоченности отчуждателя прав. Представляется, что указанные суждения о сущности регистрации прав и ее значении для лиц, приобретающих права на объекты недвижимости, справедливы только при условии фактической достоверности соответствующего источника сведений о правовом положении объектов недвижимости, достижение которой, однако, в силу объективных и субъективных причин невозможно.

Организационной основой российской системы регистрации прав является Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество сделок с ним (далее – реестр). Можно выделить несколько причин, препятствующих достижению фактической достоверности реестра. Так, например, в настоящее время законодательно в порядке исключения закреплена возможность возникновения прав на недвижимое имущество вне зависимости от их регистрации (п. 2 ст. 8 ГК РФ). В связи с этим является нормальной, основанной на законе, ситуация, когда сведения реестра о правовом положении объекта недвижимости не соответствуют его действительному правовому положению: противоречат или являются неполными вследствие состоявшихся внереестровых перехода или возникновения прав на объект недвижимости. Что касается прекращения прав на недвижимое имущество, то необходимо иметь в виду, что установление зависимости прекращения права на объект недвижимости от его регистрации в ряде случаев объективно невозможно (например, прекращение прав в силу гибели или уничтожения объекта недвижимости). В связи с этим также является нормальной ситуация, когда сведения реестра о правовом положении объекта недвижимости не соответствуют его действительному правовому положению вследствие состоявшегося внереестрового прекращения прав на объект недвижимости.

Другой причиной недостоверности реестра могут выступать неправомерные действия участников гражданского оборота, выражающиеся в том, что лица заведомо (ошибочно) неправомерно инициируют регистрацию прав в отношении ненадлежащих лиц. Законодателем предпринята попытка устранить данную причину недостоверности реестра посредством вменения в обязанности регистрирующего органа проводить проверку наличия фактического состава, являющегося основанием для возникновения, наличия, перехода, прекращения или обременения (ограничения) прав на недвижимость, включающую в себя,

правовую оценку представленных на государственную регистрацию прав (сделок) документов (например, согласно п. 1 ст. 13 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» обязательным этапом процедуры регистрации прав является правовая экспертиза документов и проверка законности сделки). Однако полномочия по проверке наличия оснований для регистрации прав, предоставленные законом регистрирующим органам, заведомо имеют объективные пределы. Полномочия по установлению обстоятельств, могущих повлиять на способность юридических фактов повлечь правовые последствия, с помощью иных средств, кроме истребования документов, регистрирующему органу не предоставлены. В связи с этим регистрирующий орган заведомо не способен установить обстоятельства, способные негативно повлиять на способность юридического факта повлечь правовые последствия, в том случае, если они не отражены в документах (например, заключение сделки под влиянием заблуждения, обмана, насилия, угрозы и т.д. как основание признания сделки недействительной) либо отражены в документах, но доступ регистрирующего органа к этим документам отсутствует (например, признание гражданина недееспособным как основание признания сделки недействительной). В определенных случаях регистрирующий орган даже при наличии возможности выявить обстоятельства, могущие негативно повлиять на способность юридического факта влечь правовые последствия, ограничен законом на осуществление такой деятельности, а при самообнаружении указанных обстоятельств лишен права давать оценку соответствующему юридическому факту как не влекущему правовых последствий (например, обстоятельства, влекущие оспоримость сделки, обстоятельства, являющиеся основанием признания ненормативного акта органа власти недействительным, обстоятельства, являющиеся основанием для отмены вступившего в законную силу судебного акта и т.д.).

Также причиной недостоверности реестра могут выступать неправомерные (умышленные или неосторожные) действия лиц, осуществляющих регистрацию прав.

Принимая во внимание невозможность достижения фактической достоверности реестра, говорить о регистрации прав как о мере по защите интересов лиц, приобретающих права на объекты недвижимости, можно только при условии законодательного закрепления фикции достоверности реестра, исключающей возможность оспаривания прав на объекты недвижимости, приобретенных лицом, полагавшимся на реестр, по основаниям неуправомоченности отчуждателя прав.

Действующим законодательством закреплена не фикция, а презумпция достоверности реестра, которая, соответственно, может быть оспорена, но только в судебном порядке (см., например, ст. 2 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»). Таким образом, законодатель, открыто заявляя о потенциальной недостоверности реестра, устанавливает возможность оспаривания зарегистрированных прав на недвижимое имущество по основаниям, предусмотренным законом. Единственным случаем, когда право на объект недвижимости, приобретенное лицом, полагавшимся на реестр, от неуправомоченного отчуждателя прав может быть сохранено, является случай добросовестного возмездного приобретения объекта недвижимости в собственность при условии, что объект недвижимости выбыл из владения собственника или лица, которому недвижимое имущество было передано собственником во владение по их воле (ст. 302 ГК РФ). В указанном случае регистрация прав, формально свидетельствующая об управомоченности лица, значащегося в реестре в качестве правообладателя, является предпосылкой добросовестности приобретателя. Во всех других случаях приобретения прав на объект недвижимости от неуправомоченного лица указанные права могут быть оспорены, несмотря на то, что лицо, их приобретающее, полагалось на реестр.

Таким образом, учитывая потенциальную недостоверность реестра и ограниченность случаев сохранения прав на объекты недвижимости, приобретенных лицом, полагавшимся на реестр, от неуправомоченного отчуждателя прав, ориентирование третьего лица при приобретении объекта недвижимости на сведения реестра не дает указанному лицу никаких гарантий того, что приобретенные им права на объект недвижимости не будут оспорены. В силу этого говорить о том, что регистрация прав является действенной мерой по защите интересов лиц, приобретающих объекты недвижимости, не приходится.

Т.В. Жукова

Межрегиональный институт права и экономики

© Жукова Т.В., 2010

О КОМПЕНСАЦИИ РЕПУТАЦИОННОГО ВРЕДА СУБЪЕКТАМ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Объектами гражданских прав, соответственно, и объектами защиты являются нематериальные блага (ст. 150 ГК РФ), в числе которых названа деловая репутация. Переоценить значение деловой репутации в современных условиях развития товарно-денежных отношений в российском обществе сложно. Как отмечается в литературе, деловая репутация как экономическая и правовая категория представляет собой часть общемировой культуры и является признаком цивилизованности современных деловых отношений в обществе¹. В пункте 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.02.2005 № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц»² обращалось внимание судов на то, что деловая репутация юридических лиц выступает одним из условий их успешной деятельности.

Законодательство Российской Федерации не содержит конкретных способов документирования деловой репутации юридического лица. В литературе называются три распространенных способа подтверждения деловой репутации организации или индивидуального предпринимателя³. Торгово-промышленная палата Российской Федерации ведет реестр надежных партнеров⁴. Включение субъекта предпринимательской деятельности в такой информационный ресурс, без сомнений, свидетельствует о солидной деловой репутации организации. Кроме того, о деловой репутации может свидетельствовать членство субъекта предпринимательской деятельности в составе какого-либо объединения предпринимателей, которые, как правило, существуют в форме некоммерческих организаций. Также определенным доказательством положительной деловой репутации юридического лица можно считать его кредитную историю – информацию об исполнении им как заемщиком принятых на себя обязательств по договорам займа (кредита), хранящуюся согласно Федеральному закону от 30.12.2004 №218-ФЗ (ред. от 24.07.2007) «О кредитных историях»⁵ в бюро кредитных историй.

Вопрос о возможности взыскания в пользу юридического лица, в том числе осуществляющего предпринимательскую деятельность, компенсации вреда, причиненного его деловой репутации в денежной форме (по аналогии с компенсацией морального вреда, причиненного физическим лицам), является спорным в современной цивилистике.

Позиция высших судебных инстанций по вопросу о том, может ли моральный вред компенсироваться юридическому лицу, противоре-

тива. Высший Арбитражный Суд Российской Федерации придерживается позиции, что юридическое лицо не может испытывать физических и нравственных страданий, следовательно, ему невозможно компенсировать моральный вред⁶.

В своем Постановлении от 20.12.1994 № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» Пленум Верховного Суда Российской Федерации дает распространительное толкование п. 7 ст. 152 ГК РФ, которое не должно противоречить существу самой нормы. По мнению ряда ученых, такое противоречие в указанном Постановлении содержится, так как в нем указывается, что правила о защите деловой репутации гражданина соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица.

В данном случае, на наш взгляд, следует поддержать позицию Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, согласившись, что юридическое лицо – это прием юридической техники, искусственно созданный субъект права, который, не будучи живым существом с высшей нервной деятельностью, не может испытывать каких-либо страданий, а следовательно, и претендовать на компенсацию морального вреда⁷.

Понятие положительной деловой репутации предприятия состоит из двух составляющих: описательной (информационной) составляющей, которая представляет собой совокупность всех сведений об организации; оценочной составляющей, связанной с экономической деятельностью организации⁸. Именно вторая из указанных составляющих может быть умалена в случае размещения органами государственного контроля (надзора) неблагоприятных для юридического лица сведений о ненадлежащем осуществлении им предпринимательской деятельности.

На наш взгляд, следует поддержать правоприменителя, использующего применительно к защите деловой репутации понятие не морального, а о репутационного вреда⁹, объективными последствиями которого являются утрата деловых возможностей, изменение общественного мнения и т.п. Практика Европейского суда по правам человека в целом признает возможность компенсации неимущественного вреда, причиненного юридическому лицу распространением дискредитирующих сведений. Для решения практических вопросов о возможности компенсации репутационного вреда необходимы дальнейшие теоретические разработки в рамках обозначенной проблематики и соответствующие усилия законодателя по совершенствованию правового режима деловой репутации субъектов предпринимательской и ее защите.

¹ Смолина Л.В. Защита деловой репутации организации // СПС «Консультант-Плюс».

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.02.2005 №3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. №4.

³ Беляева О.А. Предпринимательское право: Учебное пособие. 2-е издание, исправленное и дополненное / под ред. В.Б. Ляндреса. М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2009.

⁴ Постановление Правления ТПП РФ от 08.10.2002 №37-4 «О Положении о негосударственном Реестре российских предприятий и предпринимателей, финансовое и экономическое положение которых свидетельствует об их надежности как партнеров для предпринимательской деятельности в Российской Федерации и за рубежом» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Федеральный закон от 30.12.2004 № 218-ФЗ (ред. от 24.07.2007) «О кредитных историях» // Собрание законодательства РФ. 03.01.2005. №1 (ч. 1). Ст. 44.

⁶ Постановления Президиума ВАС РФ от 05.08.1997 № 1509/97 // Вестник ВАС РФ. 1997. №12.

⁷ Постановление ФАС Уральского округа от 10.05.2007 № Ф09-3397/07-С6 по делу № А60-18790/2006 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление ФАС Поволжского округа от 14.02.2007 по делу № А12-14576/06 // СПС «Консультант-Плюс».

⁸ Смолина Л.В. Защита деловой репутации организации // СПС Консультант-Плюс. 2008.

⁹ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 04.09.2007 №А58-3688/06-Ф02-6109/07 по делу №А58-3688/06 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление ФАС Дальневосточного округа от 17.04.2007 №Ф03-А24/07-1/635 по делу №А24-5406/06-17 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление ФАС Центрального округа от 27.02.2007 по делу №А64-1263/06-23 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 11.08.2006 по делу №А79-2305/2006 // СПС «КонсультантПлюс».

Н.Ф. Звенигородская

Крестьянский государственный университет

ВЗГЛЯД НА САНКЦИЮ КАК МЕРУ СЕМЕЙНО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Если же рассматривать санкцию как меру семейно-правовой ответственности, то ее можно определить как предусмотренную семейным законодательством и (или) семейно-правовым договором меру

личного и имущественного воздействия на правонарушителя, призванную обеспечить надлежащее исполнение возложенных на субъекта семейных правоотношений обязанностей, предусмотренных законом и (или) договором. Следовательно, в санкции в ее значении меры семейно-правовой ответственности законодатель определяет для правонарушителя негативные последствия в связи с совершением им правонарушения. Полагаем, что и в этом понятии ответственность проявляется в санкции, и которая является закреплением законодателем в норме права определенной меры ответственности за конкретное правонарушение.

Считается, что реализация санкции – одно из проявлений юридической ответственности, а применение к лицу санкции правовой нормы есть не что иное, как применение наказания (реализация санкции). Семейно-правовая ответственность реализуется в рамках охранительного правоотношения. По мнению Б.Т. Базылева, для того чтобы юридическая ответственность была реализована путем применения к правонарушителю мер правовой ответственности, сама субъективная ответственность конкретного лица в своем внутреннем развитии должна пройти ряд стадий, этапов. Первая стадия связана с моментом возникновения ответственности, обусловленной фактом совершения правонарушения. Вторая стадия состоит в обязанности компетентных государственных органов выявить противоправные деяния и установить причинную связь между противоправным деянием и виной правонарушителя. Третья стадия связана с вынесением компетентным органом правоприменительного акта, где отражается факт виновного правонарушения и мера (санкция)реализации ответственности, наказания правонарушителя¹.

В.И. Данилин и С.И. Реутов отмечают, что отношения семейно-правовой ответственности возникают в соответствии с нормами семейного права в объективном смысле на основании юридических фактов между конкретными субъектами и обладают определенным содержанием². Так, в зависимости от наличия в негативном поведении родителей состава правонарушения к ним применяются, по мнению Н.Н. Тарусиной, либо меры семейно-правовой ответственности, либо отказ в принудительном осуществлении права, либо иные меры оперативного характера, направленные на защиту интересов ребенка. Таковую классификацию санкций предлагает автор. Она считает классическими санкциями первого и третьего типов лишение родительских прав и ограничение в родительских права³. Нам такой вывод представляется не совсем правильным и точным. Если оценивать его расширительно, рассматривая лишение родительских прав и ограничение родительских прав, т.е. каждое в отдельности в качестве меры семейно-правовой от-

ветственности, а также и в качестве меры защиты, то следует тогда уточнить, что обе меры всегда являются мерами защиты, которые не всегда являются мерами ответственности, так как ограничение родительских прав допускается и при невиновном поведении родителей, в этом случае мерой ответственности оно являться не может. Если Н.Н. Тарусина исходила из того, что лишение родительских прав является соответственно мерой ответственности, а ограничение родительских прав является соответственно мерой защиты, то и тогда автор в своем выводе не точен, т.к. ограничение родительских прав при виновном поведении родителей следует рассматривать также и как меру ответственности. Поэтому правильным будет утверждать, что лишение родительских прав – это мера семейно-правовой ответственности за виновное противоправное поведение родителей, а ограничение родительских прав может быть как мерой семейно-правовой ответственности, так и мерой защиты в зависимости от вины правонарушителя. При этом законодатель в ст.73 СК в отношении меры защиты и меры ответственности указал одну санкцию – ограничение родительских прав.

Не случайно Л.М. Пчелинцева называет лишение родительских прав «исключительной мерой и одновременно высшей мерой ответственности за виновное невыполнение родительского долга»⁴. Н.Н. Тарусина отмечает, что лишение родительских прав является наиболее жесткой (карательной) мерой семейно-правовой ответственности родителей, направленной на защиту интересов ребенка, так как включает акт отобрания ребенка у таких лиц и передачу его в распоряжение органа опеки и попечительства. В качестве меры ответственности за ненадлежащее семейное воспитание, указывает А.М. Нечаева, предусмотрено лишение родительских прав, представляющее собой «особую, предельно высокую меру семейно-правовой ответственности, применение которой ведет к полному прекращению правовой связи ребенка с родителями (сохраняется лишь обязанность родителей платить алименты). Отсюда следует необходимость изоляции ребенка от лица, утратившего свои родительские права по суду»⁵. О.Ю. Косова считает наиболее радикальной семейно-правовой санкцией, предусмотренной в СК и направленной на защиту интересов несовершеннолетних детей, лишение родительских прав в связи со злостным уклонением от уплаты алиментов (ст. 69 СК)⁶. В действующем УК РФ установлены уголовно-правовые санкции за злостное невыполнение родителями алиментной обязанности (ч. 1 ст. 157). Они применяются в связи со злостным уклонением родителей от уплаты по решению суда средств на содержание несовершеннолетних детей.

О.Ю. Блохина обращает внимание на обязательный учет судом интересов ребенка при решении вопросов о применении к родителям таких мер семейно-правовой ответственности, как лишение родительских прав и ограничение родительских прав. При этом автор не уточняет, в чем и где выражена эта мера ответственности родителей, не дает понятия меры ответственности⁷.

А.П. Сергеев более четко определяет свою позицию. В отношении лишения родительских прав он отмечает: «Указанная санкция является мерой семейно-правовой ответственности. Напротив, ограничение родительских прав, допускаемое тогда, когда оставление ребенка с родителями (одним из них) опасно для ребенка по обстоятельствам, от родителей не зависящим (психическое расстройство или хроническое заболевание, стечение тяжелых обстоятельств), есть мера защиты прав и интересов ребенка, которая соответственно не влечет для родителей тех негативных последствий, которые наступают при лишении родительских прав»⁸.

Из предложенных суждений ученых видно, что многие из них отождествляют понятия меры семейно-правовой ответственности и санкции. Хотя они не дают понятия санкции, однако из контекста можно сделать вывод, что в санкции отражена мера ответственности за совершенное правонарушение.

Санкцией нормы права ст.73 СК предусмотрено ограничение родительских прав, которое мы рассматриваем в двух плоскостях: как меру семейно-правовой ответственности и как меру защиты семейных прав. О.А. Чаусская, рассматривая ограничение родительских прав как меру защиты интересов ребенка, также отмечает, что «в отличие от лишения родительских прав, применение ограничения родительских прав допускается не только при виновном поведении родителя, но и при отсутствии его вины в создании обстановки, в которой опасно оставлять ребенка»⁹. Автор близко подошел к проблеме дифференциации санкций, так как одна и та же санкция применяется в разных ситуациях, отличным признаком которых является вина правонарушителя. О.А. Чаусская не смогла завершить выводом отмеченное различие. А различие состоит в том, что при виновном нарушении применяются выраженные санкциями семейно-правовых норм меры ответственности, а при отсутствии вины нарушителя – меры защиты. Лишение родительских прав приводит к утрате родителями всех прав, основанных на факте родства с ребенком (ст. 69,71 СК). Лишение родительских прав, как мера семейно-правовой ответственности, выраженная законодателем в санкции ст. 69 СК, не может применяться в отношении приемных родителей, так как их отношения с приемными детьми основаны не на

кровном родстве, а на договоре, заключаемом ими с органом опеки и попечительства.

¹ *Базылев Б.Т.* Об институте юридической ответственности // Советское государство и право. 1975. № 1. С. 114.

² *Данилин В.И., Реутов С.И.* Юридические факты в семейном праве. Свердловск: Изд-во Урал. ун-та, 1989. С.101.

³ *Тарусина Н.Н.* Семейное право. Учебное пособие. М.: Проспект, 2001. С. 115.

⁴ *Пчелинцева Л.М.* Семейное право России: учебник для вузов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2003. С. 333.

⁵ *Нечаева А.М.* Защита прав ребенка: законодательство и правоприменительная практика // Защита прав ребенка в современной России. М.: Институт государства и права Рос. Академии наук, М.: Изд-во ИГиП РАН, 2004 С. 5–6.

⁶ *Косова О.Ю.* Конвенция ООН о правах ребенка и право ребенка на содержание // Защита прав ребенка в современной России. М.: Институт государства и права Рос. академии наук, 2004. С. 35.

⁷ *Блохина О.Ю.* Определение интересов ребенка в Конвенции о правах ребенка и в Семейном кодексе РФ // Защита прав ребенка в современной России. М.: институт государства и права Рос. академии наук, 2004. С. 101. С. 28.

⁸ *Гражданское право: учебник: в 3 т. / под ред. А.П.Сергеева, Ю.К.Толстого. Т.3. (Сергеев А.П. Гл. 57 «Семейное правоотношение »).* М.: Проспект, 2003. С.315.

⁹ *Чауская О.А.* Ограничение родительских прав как мера защиты интересов ребенка // Семья и право. (к 10-летию принятия Семейного кодекса Российской Федерации): М., 2005. С. 132.

Н.В. Зернин

Пермский государственный университет

ПРАВО НА НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ПРОИЗВЕДЕНИЯ ИЛИ НА ЗАЩИТУ РЕПУТАЦИИ АВТОРА?

В литературе указывается на два подхода при конструировании в национальных законах права на неприкосновенность и целостность произведения: объективный, построенный на защите произведения от искажений, извращений и иных изменений, *способных нанести ущерб чести и достоинству автору*, и субъективный, *безоговорочно* запрещающий любые изменения.

Российский законодатель до принятия Закона об авторском праве и смежных правах 1993 г. (далее – Закон 1993 г.) был ориентирован на объективную концепцию. По ГК РСФСР 1964 г. при издании, публич-

ном исполнении или ином использовании произведения воспрещалось без согласия автора вносить какие бы то ни было изменения как в само произведение, так и в его название и в обозначение имени автора. Воспрещалось также без согласия автора снабжать произведение при его издании иллюстрациями, предисловиями, послесловиями, комментариями и какими бы то ни было пояснениями.

Закон 1993 г. закрепил право на защиту репутации автора, под которым понималось право на защиту произведения, включая его название, от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб чести и достоинству автора (абз. 5 п. 1 ст. 15). По своему содержанию данное право соответствовало ст. 6 bis Бернской Конвенции по охране литературных и художественных произведений, по которой автору предоставляется право препятствовать всякому извращению, искажению или иному изменению его произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора.

В зарубежной и отечественной литературе отмечается ряд проблем, связанных с неоднозначным пониманием содержания права, выраженного таким образом. Например, необходимость доказывания в суде не только факта посягательства на неприкосновенность произведения, но и одновременного нанесения этим посягательством ущерба чести и достоинству автора, хотя зачастую искажения могут и не затрагивать честь и достоинство автора. Кроме того, поскольку при этом в законе не делается акцента на авторской репутации (умаление его репутации как творца), то возникает вопрос о возможности применения закона в ситуации посягательства на честь и достоинство автора в иных ее проявлениях.

Решить эти проблемы законодатель попытался в части четвертой ГК РФ путем возврата к субъективной концепции.

Согласно п. 1 ст. 1266 ГК РФ право на неприкосновенность определяется через запрет внесения в произведение без согласия автора изменений, сокращений, дополнений, на снабжение произведения при его использовании иллюстрациями, предисловиями, послесловиями, комментариями или какими бы то ни было пояснениями.

В соответствии с п. 2 ст. 1266 ГК РФ извращение, искажение или иное изменение произведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию автора, равно как и посягательство на такие действия, дают автору право требовать защиты его чести, достоинства и деловой репутации в соответствии со ст. 152 ГК РФ.

Такое решение проблемы вряд ли оправдано. Право на неприкосновенность восстановлено с присущими ему недостатками, на которые в

свое время указывал и автор этих тезисов. Основной из них заключается в том, что право на неприкосновенность в таком виде рассчитано, главным образом, на самые примитивные явные посягательства на целостность произведения, когда при его использовании что-то из произведения убирается и (или) что-то в него доставляется. Такие искажения заметны, выявить их не составляет труда.

Вместе с тем не меньший вред автору наносят действия, не связанные напрямую с вторжением в произведение, но могущие негативно повлиять на его восприятие, оставить превратное впечатление о творчестве автора. Известны примеры помещения произведения в чужеродную среду (установка станковой скульптуры, запечатлевшей образ актрисы в роли «Офелия», в качестве надгробия, изображение памятника партизанам на туалетной бумаге; помещение текстов песен «Катюша», «Огонек», «Синий платочек» на обертках туалетного мыла; размещение в едином выставочном пространстве произведений религиозного содержания с эротическим полотном и т.п.) и, наоборот, извлечение произведения из среды, к которой оно было изначально «привязано» (перенос памятника, предназначенного для большой площади, в сквер; изменение пейзажа возле архитектурного сооружения). Сказаться на восприятии произведения может и манера, способ использования произведения: вульгарное исполнение патриотического произведения, превращение трагедии в фарс, не в меру злая пародия, распространенная практика «переосмысления» сюжетов художественных произведений и т.п.

Как представляется, автор должен иметь право защитить свои интересы в подобных ситуациях. Он не сможет этого сделать, опираясь как на п. 1 ст. 1266 ГК РФ, который узко трактует право на неприкосновенность, так и на п. 2 этой статьи, поскольку она не рассчитана на такие случаи и требует для применения наличия иных условий, предусмотренных ст. 152 ГК РФ, – распространение несоответствующих действительности порочащих лица сведений.

Таким образом, право на защиту репутации автора было сформулировано в законе 1993 г. достаточно корректно. Следовало лишь правильно его толковать и применять. Из его содержания вытекает, что автор вправе противодействовать:

- всякому искажению произведения независимо от того, наносит ли оно ущерб чести и достоинству автора;
- иному посягательству, способному нанести ущерб авторской репутации.

Если же использование произведения наносит ущерб чести и достоинству автору при наличии условий, предусмотренных ст. 152 ГК

РФ, то он имеет возможность защитить свои интересы предусмотренными этой статьей способами.

Норма ст. 15 Закона 1993 г. отвечала ст. 6 bis Бернской Конвенции и для ее правильного применения достаточно было ограничиться разъяснениями высших судебных инстанций.

Тем не менее возможно усовершенствование указанной нормы в двух направлениях, соответствующих указанным выше концепциям.

Исходя из субъективной концепции, норма могла бы выглядеть следующим образом: «Не допускается без согласия автора внесение в его произведение изменений, сокращений и дополнений, снабжение произведения при его использовании иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями или какими бы то ни было пояснениями, а также совершение иных посягательств на произведение, нарушающих целостность его восприятия».

Если взять за основу объективный подход, то анализируемое право может быть сформулировано так: «Право на защиту произведения, включая его название, от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб литературной, художественной или научной репутации автора или его индивидуальности, в частности, путем его использования способами, в форме и контексте, которые наносят вред автору указанным образом (право на защиту авторской репутации)».

Д.А. Зернина

Пермский государственный университет

ПРИЗНАНИЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРА НЕЗАКЛЮЧЕННЫМ КАК СПОСОБ ЗАЩИТЫ ПРАВ И ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ

Анализ современной судебной практики позволяет сделать вывод о том, что участники гражданского оборота сегодня нередко избирают в целях защиты своих прав и законных интересов такой способ как предъявление в суд исковых заявлений о признании договоров незаключенными (сделок несостоявшимися).

Так, обращаясь к статистике федеральных арбитражных судов, приведем следующие цифры: в 2007 году на уровне федеральных арбитражных судов было рассмотрено 2770 дел о признании гражданско-правовых договоров незаключенными или связанных с признанием до-

говоров таковыми. В 2008 году таких дел было уже 3246. И, наконец, в 2009 году число дел, так или иначе касающихся признания договоров незаключенными, достигло 3835. На уровне Высшего Арбитражного Суда РФ статистика аналогичная: в 2007 году – рассмотрено 312 обращений, в 2008 году – 410, в 2009 году – 459.

Вместе с тем такой способ защиты гражданских прав как предъявление иска о признании договора незаключенным в ст. 12 Гражданского Кодекса РФ отсутствует. Вероятно, участники гражданского оборота в данном случае руководствуются тем соображением, что содержащийся в ст. 12 ГК РФ перечень способов защиты гражданских прав сформулирован как открытый (не исчерпывающий). Вместе с тем, необходимо отметить, что перечень способов защиты, закрепляемый ст. 12 ГК РФ, ограничивается указанием на то, что иные способы могут быть использованы при условии наличия их в законе. Однако и в иных федеральных законах (кроме ГК РФ) упоминания на указанный способ защиты отсутствует.

Таким образом, очевидной становится проблема правоприменения, при которой в процессуальном праве используется конструкция, не предусмотренная материальным правом. Предлагаем здесь рассмотреть две принципиальные позиции по указанным вопросам.

Сторонники первой позиции сходятся во мнении, что сложившаяся практика распространения споров о признании договоров незаключенными не требует какого-либо доктринального изучения и корректирования законодательства. Согласно их точке зрения договор, признанный незаключенным, является разновидностью недействительного договора. Отсутствие же материально-правовой базы, регламентирующей незаключенные договоры, не признается невосполнимым пробелом в праве.

С одной стороны, ситуация, когда правоприменительная практика идет вперед принятых и вступивших в силу законодательных актов (или отдельных правовых норм), является достаточно распространенной. Более того, это лишний раз подтверждает тот факт, что правоотношения являются, прежде всего, общественными отношениями. Необходимо также заметить, что в правоприменительной практике, например, при разрешении отдельных гражданско-правовых споров, арбитражными судами используются положения, выработанные практикой вышестоящих арбитражных судов. Указанное в свою очередь является ярким примером применения сложившихся в процессуальном праве положений при отсутствии таковых в праве материальном.

Второй принципиальной позицией по обозначенным вопросам является позиция, согласно которой, институт незаключенного договора

(несостоявшейся сделки) подлежит изучению, научному обоснованию и законодательному регламентированию. Вот лишь основные аргументы в пользу такой позиции.

Согласно ст.3 Гражданского Кодекса РФ судебная практика не является источником гражданского права. Таким образом, первый из аргументов «за» необходимость разрешения проблемы института несовершенной сделки (незаключенного договора) заключается в наличии пробела в материальном праве в части положений об указанном институте, в то время как имеющиеся правоотношения, порождаемые общественными отношениями, свидетельствуют об острой необходимости соответствующего нормативного урегулирования. Кроме того, интересен тот факт, что Пленум ВАС РФ в Постановлении от 23.07.2009г. №57 «О некоторых процессуальных вопросах практики рассмотрения дел, связанных с неисполнением либо ненадлежащим исполнением договорных обязательств» в качестве отдельного вида исков (наряду с признанием договора недействительным и т.д.) выделяет иск о признании договора незаключенным. Таким образом, мы видим, что проблема незаключенного договора (несостоявшейся сделки), защиты прав хозяйствующих субъектов в связи с признанием договоров незаключенными, в современном гражданском обороте является более чем актуальной.

Вторым аргументом, является отсутствие единообразия в разрешении гражданско-правовых споров по искам о признании договоров незаключенными и разрешении таких дел по существу арбитражными судами первой, апелляционной и кассационной инстанций.

Третьим аргументом является отсутствие единой доктринальной позиции по поводу категории несовершенной сделки (незаключенного договора). Рассмотрим здесь позиции некоторых правоведов по вопросу настоящей статьи.

Кроме того, до вступления в действие первой части Гражданского Кодекса РФ Высший Арбитражный Суд РФ также стоял на позиции отождествления указанных категорий: договор, квалифицированный судом как незаключенный в резолютивной части был признан недействительным.

Возвращаясь к Концепции совершенствования общих положений Гражданского Кодекса РФ, считаем необходимым обратить внимание на то, что авторы Концепции не предлагают как-либо усовершенствовать положения Гражданского Кодекса РФ в этой части, а лишь ссылаются на наличие в ГК РФ ст. 15, устанавливающей необходимость возмещения убытков. Однако в спорных ситуациях контрагенты по заключенным договорам не всегда могут защитить свои права на основании ст.15 ГК РФ без признания договора незаключенным.

По мнению многих практикующих юристов, анализ договора на предмет наличия в нем всех необходимых существенных условий, является эффективным способом защиты, в том числе и по делам о взыскании убытков, неустойки и т.п. Ведь если исполняемый сторонами договор, наличием которого и обусловлены заявленные требования, будет признан судом незаключенным, вопросы о взыскании убытков, выплате неустойки и т. п. теряют свою актуальность. Именно о такой опасности говорил в своей работе В.В. Витрянский, отмечая, что споры о признании договоров незаключенными в большинстве случаев инициируются недобросовестными должниками в качестве ответной меры с их стороны на обоснованные требования кредиторов о применении к ним мер договорной ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств.

На основании всех приведенных доводов и аргументов полагаем, что стоит разработать доктринальную позицию в отношении указанного способа защиты гражданских прав и урегулировать соответствующие правоотношения путем внесения изменений в действующее законодательство РФ.

С.В. Ибрагимова

Пермский государственный университет

**ПОНЯТИЕ «ПОВРЕМЕННЫЕ ПЛАТЕЖИ»
В ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ ВСЛЕДСТВИЕ
ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА**

Согласно п. 1 ст. 64 ГК РФ при ликвидации юридического лица в первую очередь удовлетворяются требования граждан, перед которыми ликвидируемое юридическое лицо несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, путем капитализации соответствующих повременных платежей. Пункт 1 ст. 135 Федерального закона от 26 октября 2002 г. №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» устанавливает, что определение размера требований граждан, перед которыми должник несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, осуществляется путем капитализации соответствующих повременных платежей, установленных на дату принятия арбитражным судом решения о признании должника банкротом и об открытии кон-

© Ибрагимова С.В., 2010

курсного производства и подлежащих выплате гражданам до достижения ими возраста семидесяти лет, но не менее чем за десять лет.

Законодатель использует понятие «повременные платежи», содержание которого не раскрывается ни в одном нормативном правовом акте. В связи с отсутствием нормативного определения данного понятия в правоприменительной практике возникают сложности по его истолкованию. В то время как от правильного понимания понятия «повременные платежи» зависит решение вопроса о составе капитализируемых платежей, предназначенных для выплаты гражданам при ликвидации юридических лиц, ответственных за вред жизни или здоровью.

Понятие «повременные платежи» использовалось еще в дореволюционном праве и употреблялось наряду с такими понятиями, как «пожизненные платежи» и «периодические платежи». В советское время понятие повременных платежей было введено в нормативно-правовое регулирование Постановлением ЦИК СССР и СНК СССР от 23 ноября 1927 г. «О капитализации пенсий и платежей, причитающихся с ликвидируемых предприятий, за увечье или смерть». Капитализированная сумма повременных платежей (пенсий), причитающихся потерпевшему или членам его семьи, вносилась в орган Госстраха, который был обязан принять означенную сумму и выплачивать пожизненные или временные платежи потерпевшему или членам его семьи в том же размере и в те же сроки, какие были обязательны для ликвидированных предприятий и организаций. Таким образом, лицо, ответственное за вред, вносило в орган Госстраха суммы всех платежей, причитающихся потерпевшему или членам его семьи.

В действующем законодательстве понятие «повременные платежи» используется кроме уже указанных правовых норм, также в п. 4 ст. 134 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», п. 3 ст. 50.36, п. 7 ст. 50.38 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. №40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций». В пункте 1 ст. 11 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. №178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» и п. 4 ст. 37 Федерального закона от 1 декабря 2007 г. №317-ФЗ «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом» понятие «повременные платежи» используется в контексте указания в передаточном акте предприятия (учреждения) долгов, в том числе обязательств по выплате повременных платежей гражданам, перед которыми предприятие (учреждение) несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью.

Законодатель в рассматриваемом случае использует понятие «повременные платежи» не применительно к капитализации при ликвидации юридического лица, а к процедуре приватизации предприятия. обя-

зательства по выплате платежей гражданам, перед которыми предприятие несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, после приватизации предприятия остаются неизменными. Новый собственник предприятия осуществляет выплаты гражданам в том же размере и порядке, которые были установлены для предприятия, а именно производит ежемесячные выплаты и возмещает суммы дополнительных расходов, понесенных потерпевшими.

В данном случае нет никаких правовых оснований для невключения в состав осуществляемых выплат сумм в возмещение дополнительных расходов, если они определены в установленном порядке. Следовательно, при использовании указанного правового положения правоприменитель должен толковать понятие «повременные платежи» расширительно и включать в него суммы в возмещение дополнительных расходов. Такой же вывод можно сделать и при анализе ст. 37 Федерального закона «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом», которая регулирует порядок передачи корпорации имущественных комплексов федеральных государственных унитарных предприятий, а также имущества, закрепленного на праве оперативного управления за федеральными государственными учреждениями в качестве имущественного взноса Российской Федерации.

В ГК РФ понятие «повременные платежи» употребляется лишь однажды – в п. 1 ст. 64 ГК РФ. В главе 59 «Обязательства вследствие причинения вреда» данное понятие не используется. В статье 1092 ГК РФ среди платежей указаны ежемесячные платежи и суммы в возмещение дополнительных расходов. В пункте 2 ст. 1093 ГК РФ говорится о капитализации соответствующих, а не повременных платежей, что при системном толковании со ст. 1092 ГК РФ дает основание сделать вывод, что ГК РФ подразумевает капитализацию всех установленных платежей – как ежемесячных платежей, так и сумм в возмещение дополнительных расходов.

Представляется, что понятие «повременные платежи» должно быть исключено из нормативных правовых актов, поскольку его буквальное толкование обозначает периодические платежи, в терминологии ГК РФ – ежемесячные. В связи с этим в п. 1 ст. 64 ГК РФ, п. 4 ст. 134, п. 1 ст. 135 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», п. 3 ст. 50.36, п. 7 ст. 50.38 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций», п. 1 ст. 11 ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества», п. 4 ст. 37 ФЗ «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом» слова «повременные платежи» следует заменить на слова «соответствующие платежи». В таком случае понятие «соответствующие платежи» будет применяться в системном

толковании с положениями параграфа 2 главы 59 ГК РФ, в частности со ст. 1092 ГК РФ.

Е.В. Карманова

Пермский государственный университет

КРАЙНЯЯ НЕОБХОДИМОСТЬ В ГРАЖДАНСКОМ И УГОЛОВНОМ ПРАВЕ РФ

Правовой институт крайней необходимости достаточно полно разработан в науке уголовного права, но почти не разработан в науке гражданского права.

Целью крайней необходимости как в уголовном, так и в гражданском праве является устранение опасности, предотвращение причинения вреда.

Несмотря на общую цель рассматриваемый институт имеет различное правовое регулирование в гражданском и уголовном праве.

Гражданско-правовое определение действия в состоянии крайней необходимости не совпадает с определением, содержащимся в УК. Определение в УК опирается на принцип соотношения категорий вреда и пользы (избежание большего вреда), т.е. включает в него указание на те пределы, за которыми вред будет превышать пользу настолько, что действия перейдут в разряд правонарушений.

В отличие от УК гражданское законодательство не связывает наступление или освобождение от возмещения вреда с превышением пределов крайней необходимости.

Как в уголовном, так и в гражданском праве основанием крайней необходимости является опасность, угрожающая самому причинителю вреда или другим лицам. При крайней необходимости вред причиняется интересам невиновных лиц; причинение вреда должно представляться единственным выходом из положения, когда предотвращение опасности недостижимо другими средствами.

Общим для уголовного и гражданского права является то, что крайняя необходимость выступает обстоятельством, освобождающим от ответственности.

В Уголовном кодексе прямо закреплено, что крайняя необходимость не является преступлением, т.е. действия, совершенные в состоянии крайней необходимости, признаются правомерными. В Граждан-

ском кодексе такой нормы нет. Действия, совершенные в состоянии крайней необходимости, не нарушают норм объективного права, но нарушают субъективные гражданские права. Крайняя необходимость всегда представляет собой столкновение двух правоохраняемых интересов, при котором сохранение одного из них возможно лишь путём причинения вреда другому. Такие действия совершаются для устранения опасности и поэтому в действиях лица, причинившего вред, отсутствует противоправность и его поведение не заслуживает осуждения. Даже в ГК в названии и в тексте ст. 1067 термин «ответственность» не употребляется, законодатель ограничивается нейтральным понятием «причинение вреда в состоянии крайней необходимости».

Но если уголовное право освобождает от ответственности лицо, действовавшее в состоянии крайней необходимости, и никаких других обязанностей на него не возлагает, то гражданское право, имея дело с неблагоприятными имущественными последствиями, должно определить, кто должен устранять эти последствия.

ГК предусматривает возложение обязанности возместить вред, причиненный в состоянии крайней необходимости, либо на лицо, причинившее вред, либо на третье лицо, в интересах которого действовал причинивший вред. Однако ГК отдает окончательное решение вопроса о распределении убытков на усмотрение суда.

Такое законодательное регулирование кажется не совсем обоснованным. По общему правилу, возмещение вреда возлагается на лицо, действовавшее для устранения опасности, что несправедливо и не стимулирует совершения таких действий.

Представляется, что вред, причиненный в состоянии крайней необходимости, необходимо возлагать на лицо, в интересах которого были совершены действия, причинившие вред. Такая норма должна стать основной, но с учетом конкретных обстоятельств должно допускаться возложение понесенных имущественных потерь на причинителя вреда или распределение потерь между ними.

М.В. Карпычев

Нижегородская академия МВД России

ВНЕДОГОВОРНЫЕ ДЕЙСТВИЯ В ЧУЖОМ ИНТЕРЕСЕ В СФЕРЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

В соответствии с п. 2 ст. 1 ГК РФ граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Данное положение является одним из основополагающих начал (принципов) гражданского права.

Вместе с тем в ряде случаев возникает ситуация, когда приобретение и осуществление гражданских прав происходит в чужом интересе. Такая ситуация может возникнуть в связи с необходимостью восполнения недостающей дееспособности (как это имеет место при совершении сделок опекунами в интересах недееспособных и малолетних), в связи с заключением договора об оказании услуг по действиям в чужом интересе (договоры поручения, комиссии, доверительного управления имуществом и др.), а также в ряде иных случаев.

Гражданское законодательство предусматривает следующие основные формы внедоговорных действий в чужом интересе: 1) законное представительство; 2) действия в чужом интересе без поручения, предусмотренные гл. 50 ГК РФ; 3) действия организаций по управлению правами на коллективной основе, прошедших государственную регистрацию, по управлению авторскими и смежными правами лиц, с которыми не заключены договоры в порядке п. 3 ст. 1242 ГК РФ; 4) действия арбитражных управляющих, назначенных арбитражным судом в рамках производства по делам о несостоятельности (банкротстве).

В тех случаях, когда представитель и его полномочия определяются нормативным или административным актом, имеет место представительство по закону (законное). Этот вид представительства, прежде всего, имеет целью обеспечение прав и интересов недееспособных лиц (малолетних, душевнобольных, слабоумных). Представителями по закону являются родители, усыновители и опекуны. Попечители в сфере гражданских правоотношений имеют статус не представителя, а юридического соучастника, хотя в гражданском процессе являются законными представителями.

При законном представительстве представляемый не принимает участия в назначении представителя и установлении его полномочий, не может воздействовать на его деятельность и не может отменить его полномочия. Полагаем, что в случае законного представительства можно вести речь о презюмируемом поручении на совершение определенных действий.

Институт законного представительства является достаточно хорошо изученным как в рамках теории гражданского права, так и в других юридических науках (семейном праве, гражданском процессуальном праве), что обусловлено распространением представительских отношений во всех сферах, где возникает необходимость совершения юридических действий в интересах лиц, не обладающих дееспособностью в полном объеме.

Обязательство, возникающее из действий в чужом интересе без поручения, хотя и имеет определенное сходство с институтом поручения (гл. 49 ГК РФ), но имеет принципиально другую правовую природу и по своей сущности относится к внедоговорным обязательствам, возникающим из односторонних действий.

Обязательство вследствие действий в чужом интересе без поручения представляет собой внедоговорное охранительное правоотношение, в силу которого одно лицо – доминус (должник) обязано возместить реальный ущерб и выплатить предусмотренное законом, обычаями делового оборота или соглашением вознаграждение другому лицу – гестору (кредитору) в связи с совершением последним действий без поручения, иного указания или заранее обещанного согласия доминуса в целях предотвращения вреда его личности или имуществу, исполнения его обязательства или в его иных непротивоправных интересах, независимо от их результата, если они совершены, исходя из очевидной пользы, действительных или вероятных намерений доминуса и с необходимой по обстоятельствам дела заботливостью и осмотрительностью¹.

Не считаются действиями в чужих интересах без поручения в контексте положений гл. 50 ГК РФ (хотя по сути таковыми являются) действия государственных и муниципальных органов, для которых такие действия являются одной из целей их деятельности (например, деятельность государственных аварийно-спасательных служб, правоохранительных органов).

Учитывая, что по общему правилу действия в интересах другого лица должны быть санкционированы последним, закон устанавливает правило о необходимости уведомления заинтересованного лица о совершаемых в его интересах действиях (п. 1 ст. 981 ГК РФ). Вместе с тем не требуется специально делать такое сообщение, если действия предпринимаются в присутствии заинтересованного лица (п. 2 ст. 981 ГК РФ).

В случае если заинтересованное лицо одобрит действия, которые предпринимаются в его интересе без поручения, к отношениям сторон в дальнейшем применяются правила о договоре поручения или ином договоре, соответствующем характеру предпринятых действий (например, договору подряда или договору возмездного оказания услуг – если действия носят фактический характер). Одобрение может быть сделано как в устной, так и в письменной форме (ст. 982 ГК РФ).

С теоретической и практической точки зрения представляет интерес и сложность проблемы совершения действий в интересах одновременно нескольких лиц. Полагаем, что при совпадающем интересе (например при спасании имущества, находящегося в общей собственности) такая ситуация возможна. Однако при наличии фактически или потенциально противоположного интереса должен применяться подход, аналогичный установленному п. 3 ст. 182 ГК РФ запрету двойного представительства в сделке. Однако данное положение должно найти прямое выражение в законе. Заслуживает внимания, хотя и является весьма неоднозначным, предложение допускать действий в интересах противоположных сторон без поручения при наличии признаков аналогичных коммерческому представительству².

Управление авторскими и смежными правами, осуществляемое специализированными организациями, а также управление в рамках производства по делам о несостоятельности (банкротстве), наряду с доверительным управлением имуществом и управлением юридическим лицом, являются формами такой особой деятельности в чужом интересе, как управление.

Закон о банкротстве³ выделяет четыре категории арбитражных управляющих по делам о несостоятельности: временный управляющий, административный управляющий, внешний управляющий, конкурсный управляющий. Каждая из этих категорий имеет свои особенности, поскольку в ряде случаев арбитражный управляющий может выполнять функции юридического соучастника либо представителя, либо функции по управлению юридическим лицом.

¹ *Свалова Н.А.* Обязательства вследствие действий в чужом интересе без поручения: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. 29 с.

² *Сарбаиш С.* Исполнение обязательства надлежащему лицу // *Хозяйство и право.* 2004. №7. С. 47–54; №8. С. 60–69.

³ Федеральный закон от 26.10.2002 №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // *Собрание законодательства РФ.* 2002. №43. Ст. 4190; 2003. №27. Ст. 2700; 2005. №1. Ст. 20; №30. Ст. 3104; 2006. №1. Ст. 8; №52. Ст. 5497; 2007.

Д.Н. Кархалев

Бакирский государственный университет

КОНФИСКАЦИОННЫЕ ОХРАНИТЕЛЬНЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ

Охранительная правовая связь возникает вследствие неправомерного юридического действия – нарушения субъективного гражданского права. Отличительной чертой охранительного правоотношения является то, что в рамках данной правовой связи реализуются меры гражданско-правового принуждения. Важнейшей особенностью охранительного правоотношения является наличие в его содержании самостоятельного гражданского права на защиту и охранительной обязанности, которые существуют в указанном качестве, как представляется, только в данном правоотношении. Кроме того, следует отметить, что охранительное правоотношение в гражданском праве по своей природе является обязательственной, относительной и односторонней правовой связью.

Среди охранительных гражданских правоотношений особняком стоят несколько видов правоотношений, которые обладают рядом общих черт, что позволяет нам выделить их в отдельную группу. Речь идет о правоотношениях по реализации таких мер ответственности, как гражданско - правовая конфискация¹, отказ в защите права, отказ в признании права на вещь. Эти меры носят конфискационный характер. Их состав и динамика отличаются своеобразием. Назовем их *конфискационными* охранительными правоотношениями.

При реализации рассматриваемых мер имеет место уменьшение имущества правонарушителя. В этом состоит имущественный характер данных мер, присущий всем мерам гражданско-правовой ответственности.

Н.В. Кузнецов считает, что «при программировании указанных мер используются такие приемы, как изъятие определенного объема имущества, устранение от возможности приобретения имущества, отказ

в охране права без лишения самого права, временное ограничение права и др.»².

Основанием применения этих мер является гражданское правонарушение, а условиями – наличие вины и противоправного поведения. Представления в суде доказательств наличия убытков (или вреда) и причинной связи не требуется.

Согласно ст. 243 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ или ГК) в случаях, предусмотренных законом, имущество может быть безвозмездно изъято у собственника по решению суда в виде санкции за совершение преступления или иного правонарушения (конфискация) в доход государства. В данном случае имеет место лишение права собственности, что является мерой ответственности.

В случае нарушения авторских или смежных прав контрафактные экземпляры произведений или фонограмм подлежат обязательной конфискации по решению суда. Конфискованные контрафактные экземпляры произведений или фонограмм подлежат уничтожению, за исключением случаев их передачи обладателю авторских или смежных прав по его просьбе. Суд может вынести решение о конфискации материалов и оборудования, используемого для изготовления и воспроизведения контрафактных экземпляров произведений или фонограмм.

Статья 169 ГК также устанавливает возможность безвозмездного изъятия имущества в доход государства в случае умышленного совершения сделки с целью, противной основам правопорядка или нравственности.

В ст. 10 ГК РФ предусмотрено, что не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах. Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

В случае несоблюдения этих требований суд может применить меру ответственности – отказ в защите права. Формами указанной меры может быть: «отказ в принудительном осуществлении права; отказ в конкретном способе защиты права; лишение правомочий на результат, достигнутый путем недозволенного осуществления права и другие»³.

Т.И. Илларионова так характеризует эту меру: «Сущность указанного воздействия состоит в том, что субъект лишается возможности принудительно осуществить свои правомочия»⁴.

Особенность конфискационных правоотношений заключается в том, что только суд может применить данную санкцию. Стороны охранительного правоотношения лишены возможности своим соглашением

изменять размер или условия применения конфискационных мер ответственности, т.е. правовое регулирование конфискационных отношений отличается императивным характером.

Основанием их применения является злоупотребление правом, под которым понимается «особый тип гражданского правонарушения совершаемого управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения»⁵.

Данное гражданское правонарушение является также основанием для применения отказа в признании субъективного права, сущность которого «состоит в пресечении самой возможности возникновения нового права как результата злоупотребления правосубъектными полномочиями»⁶. Анализ гражданского законодательства и судебной практики⁷ по реализации этих правоотношений позволил выявить следующие их особенности:

1) размер охранительной обязанности анализируемых правоотношений не может быть изменен по соглашению сторон вследствие императивного правового регулирования соответствующих отношений; 2) исполнение некоторых конфискационных охранительных обязательств осуществляется в доход государства; 3) основанием возникновения конфискационных правоотношений является злоупотребление правом либо нарушение гражданских прав и публичных интересов; 4) исполнение конфискационных правоотношений может быть произведено только в принудительном порядке; 5) потерпевшим лицом в указанных правоотношениях могут быть публично – правовые образования (обеспечивается защита их интересов); 6) не допускается изменение (перемена) лиц в конфискационных правоотношениях; 7) конфискационные правоотношения не носят денежного характера.

Таким образом, для конфискационных юридических отношений характерны как частно – правовые, так и публично-правовые начала (черты). Конфискационные охранительные правоотношения играют важнейшую роль в механизме защиты гражданских прав. Меры ответственности, применяемые в рамках данных правоотношений, направлены на восстановление правового положения потерпевшего лица. В этом состоит правовое значение охранительных правоотношений по реализации мер ответственности.

Кроме того, на правонарушителя оказывается неблагоприятное воздействие в виде возложения на правонарушителя дополнительных имущественных лишений или в виде лишения принадлежащего лицу субъективного гражданского права. По этому признаку охранительные

правоотношения, в которых реализуются меры ответственности, отличаются от восстановительных правоотношений по реализации мер защиты.

¹ См.: Тузов Д.О. Недопущение реституции и конфискация при недействительности сделок: Теоретический очерк. М.: Статут, 2008. С. 68–89.

² Кузнецов Н.В. Меры гражданско-правовой ответственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 20.

³ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972. С. 99.

⁴ Илларионова Т.И., Илларионова Т.И. Система гражданско-правовых охранительных мер: дис. ... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1985. С. 294.

⁵ Грибанов В.П. Указ. соч. С. 68.

⁶ Илларионова Т.И. Указ. соч. С. 300.

⁷ См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 10 апреля 2008г. №22 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с применением статьи 169 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2008. №5.

Е.Г. Комиссарова

*Тюменская государственная академия
мировой экономики, управления и права*

О СТРУКТУРЕ И ФУНКЦИОНАЛЬНОСТИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ НАУКИ

Роль и место юриспруденции в системе социальных ценностей принято больше озвучивать, чем анализировать. В случаях же редкого анализа её роль и место как ранее, так и в настоящее время объясняется мировоззренческим (теоретическим) и прикладным назначением. Однако, например, применительно к цивилистике, чье место в теоретической юриспруденции по праву считается центральным, а авторитет, знания и усилия её представителей наиболее востребованными в практике, это объяснение оказывается не до конца понятным в силу отсутствия ясного представления о характере и видах связи цивилистической теории с различными видами юридической практики и участвовавших случаях «обвинения» цивилистики» в излишней теоретизации.

В настоящей публикации речь пойдет не об исторических фазах развития российской цивилистики и смене её теоретических направле-

ний в разные периоды истории, а также не об устройстве научной жизни в цивилистике. Статья имеет цель – тематизировать проблему бесформенности цивилистической науки, размытости её теоретических границ, следствием чего является весьма неточное представление о её функциональной ценности.

В современном понимании любая социальная наука – это деятельность особого рода, имеющая собственные цели и методы их достижения. Исторически цель такой деятельности состоит в описании тех или иных общественных явлений, их систематизации и каталогизации, а также в объяснении соответствующих явлений через их причинное соотношение и связь (Б.А. Кистяковский, Г.Ф. Шершеневич). Это же теоретическое назначение обремениает и цивилистику, которая сформировалась в связи с необходимостью освоения такого явления действительности, как гражданское право.

Историю отечественной цивилистики, как науки, принято отсчитывать с середины XIX в. Однако сначала была практика, с которой начиналась вся юриспруденция. Как отмечал И.А. Покровский, «другого было просто не дано»¹. Лишь в конце римской республики юриспруденция вышла из стадии чисто практической и посвятила себя теоретической разработке права, оставаясь, однако, при этом «соратником» практики, поскольку представляла собой систему юридических норм, применяемых в судебной практике. Таково было порождение «римского праворазвития» (И.А. Покровский). С течением времени пришло понимание того, что наука, посвященная изучению права, не может ограничиваться интересами суда: она «должна быть ещё и служительницей общественной жизни, беря на себя роль судьи и критика»², участвуя в создании общего, нормального права. Уже на закате римской республики юриспруденция вышла из стадии чисто практической, посвятив себя теоретической разработке права. Для этой цели она начала вступать в «общение» с другими науками и очень скоро наука права обрела свою цену, а юридическая практика свою.

Отношение к науке в разные периоды истории менялось в зависимости от тех исследовательских приемов, которые она брала себе на вооружение. Однако, несмотря на все свои последующие метаморфозы, и периодически изменяющееся отношение к науке, наука права оставалась наукой тех сил, которые «порождают право». Вопрос же о балансе теоретического и практического в юриспруденции стал вопросом историческим и отчасти риторическим. В то время слов о связи теоретической юриспруденции с практической сказано немало. Их смысловое

наполнение, вобщем-то, однонаправлено. Так, в своё время К.Ф. Пухта утверждал, что «юриспруденция бы отрешилась от своего существа, если бы она упустила из виду постоянное, непосредственное влияние на жизнь»³. И сегодня мы не перестаем утверждать, что «теоретические разработки останутся умозрительными конструкциями и построениями, если не будут использованы в практическом применении»⁴, так как «идеи, не имеющие выхода в практику, никому не нужны»⁵. Все эти высказывания, безусловно, актуальные и значимые, до сих пор не привели к ясному пониманию механизмов взаимодействия науки и практики, а однозначный ответ на вопрос о видах связи и их последовательности в известной триаде: наука-практика-законодательство получить пока так и не удается.

Как утверждал родоначальник российской цивилистики Д.И. Мейер, «наука гражданского права не может ограничиться изучением положительных гражданских законов. ... изучение законов действительности требует постоянного разоблачения многих юридических отношений, тайных для посторонних лиц – все это дело нелегкое»⁶. Он же одним из первых обозначил содержательные элементы цивилистики, указав, что в науке гражданского права надлежит различать исторический, догматический и практический элементы. Под практическим ученый имел в виду точку соприкосновения права с действительной жизнью⁷.

Взгляды о двухуровневости науки уже не раз высказывались в философской и исторической литературе. Так, И. Кант и Ф. Гегель выдвигали понятие права философского (право продвинутых профессоров) или право научное и «право прикладное». В 17 в. Ф. Бекон подверг острой критике попытку ограничить науку «плодоносным знанием, имея под ним в виду знание прикладное, в ущерб знанию фундаментальному – «светоносному». Г. Кельзен в своей концепции «чистой теории права» также различал «науку строгую», не имеющую ничего общего с реальными процессами жизни, и ту, которая носит прикладной характер. Отечественный ученый С.В. Пахман говорил о науке «в собственном смысле слова», раскрывающей внутреннюю область права и науке «бытовой», изучающей внешнюю, жизненную сторону права⁸.

Остановка мысли автора настоящей публикации на приведенных выше теориях о внутренней структуре науки нужна для того, чтобы ответить на вопрос о том, всегда ли теория обязана задаваться практическими целями? Ведь общеизвестно, что теоретический и практический подход к праву – вещи разные. Теоретическая часть науки занимается

своей самостоятельной задачей. Задача цивилистики в этом аспекте заключается в исследовании внутренней природы гражданского права и выдаче своих результатов в логических конструкциях юридических понятий, имея в виду выяснение внутреннего, логического между ними соотношения. Это тот необходимый инструментарий, с помощью которого расширяются уже достигнутые пределы научного познания в цивилистике, идёт процесс от незнания к знанию. В этом смысле познание идет не за счет привлечения жизненных факторов из вне, а за счёт познания гражданского права «из самого себя». Одним из примеров теоретической результативности цивилистики является цивилистика советского времени когда она, не будучи обременённой зависимостью от законодательного материала и судебной практики, долгое время развивалась в одном гносеологическом ключе, стремясь познать правовую действительность в ее предельных основаниях. В этот период цивилисты пришли к значительным доктринальным победам, например в теории гражданского правоотношения, теории юридического лица. Было издано значительное число цивилистических научных работ, шедших впереди действующего законодательства, чья академическая ценность значима и в настоящее время. В их числе труды С.Н. Братуся, В.А. Вендиктова, Д.М. Генкина, В.П. Грибанова, О.С. Иоффе, С.М. Корнеева, О.А. Красавчикова, Л.А. Лунца, И.Б. Новицкого и др. Не без этого доктринального опыта от современного гражданского права веет мощью того абстрактного правового языка, который, будучи помноженным на достижения римской юриспруденции, позволяет ёмко и точно обозначить соответствующие гражданско-правовые явления и который не всегда под силу «вялому интеллекту».

Как заметил М. Фуко, поиск «второго дна» традиционно свойственен юриспруденции, особенно ее доктринальной составляющей⁹. Подобные особенности научно-теоретической деятельности нередко дают практикам повод видеть в учёном лицо, занимающееся схоластикой, умозрительными спекуляциями в отрыве от действительности. Юристам доставалось – их именовали «крючкотворами, софистами, обманщиками»¹⁰.

Представления о схоластике проникли в юриспруденцию в эпоху постгlossаторов, когда на смену простому комментированию текстов их толкованию, именуемому glossами, пришли другие исследовательские приемы, следуя которым постгlossаторы вносили в разбираемые ими юридические явления известный логический порядок, стараясь свести юридические нормы к известным общим понятиям, из которых за-

тем логически, дедуктивно, могли быть выведены понятия частные. В то время, по замечанию А.И. Покровского, схоластика обозначала пробуждение самостоятельного мышления, желание охватить мыслью все разнообразие мировых явлений, познать их в виде единого логического целого. В юриспруденции же это был первый опыт философского понимания права.

Современную науку всё чаще обвиняют в схоластике, как и в уходе от правового идеала в угоду несовершенной действительности. Нельзя исключать тот факт, что наукообразных спекуляций, догматических химер¹¹ и формализованных крайностей в правовой науке немало. Эта научная отрасль – слишком уязвимое звено при перемене социальных укладов и изменении социально-экономической обстановки. Но речь не об этом, как и не о фальсификации научного пространства, столь излюбленной теме многих. Речь о той науке, которая выполняет функцию научно-теоретического освоения права и гражданского, в частности, помогая получить и организовать новое научное знание о праве, чья последующая эволюция связывается с циркуляцией системно-организованного теоретического знания.

Иное дело практический компонент. В разных науках соотношение теоретического и прикладного не является одинаковым, поэтому еще со времен СССР существует неофициальное деление наук на теоретические, прикладные и фундаментальные. Элементы этого деления есть и в юриспруденции. Так, например, отраслевые юридические науки принято считать теоретическими, а такие науки как криминалистика, судебная бухгалтерия, юридическая психология, судебная медицина, прикладными. Однако нельзя не признать, что такое деление мало что дает самой юриспруденции, а трудность срабатывания цепочки: теория-практика в одинаковой степени затрагивает все области юриспруденции.

Принято считать, что связь теоретической науки с юридической практикой обнаруживается в двух аспектах. Первый – наука служит законодательной практике и практике применения законодательства и в этом её действенность. В связи с этим обоснованно то положение, согласно которому без юридической практики невозможны эффективное правотворчество и правоприменение, толкование и конкретизация, систематизация и восполнение пробелов в праве. Второй – практика служит источником права в смысле познания, понимания его действия и применения. В абстрактно-теоретическом понимании все это бесспорно, а вот при желании достигнуть конкретики начинается «путаница», ко-

торая усиливается еще больше, когда речь заходит о механизмах, гранях и конкретных поводах взаимодействия юридической науки и практики. В этой части присутствует зримый вакуум, который не позволяет создать четкий организационно-правовой механизм внедрения результатов теоретических исследований в конкретную практику, что мешает максимально увеличить социально-преобразующую роль и значимость практики. Например, в литературе уже неоднократно отмечалось, что юридическая наука должна идти впереди закона, а не вслед за ним, как это нередко случается в нашей повседневной жизни. Закон не может быть результатом проведения эксперимента по созданию новых норм права, необходимых обществу. Так ли это? Практика часто показывает обратное.

К практическому же пласту цивилистики принято относить научное комментирование. Оно получило активное развитие в советский период с его объемным сегментом подзаконных нормативных актов, направленных на регулирование хозяйственных (производственных) отношений. Их необходимо было соединить друг с другом, связать с каким-то базовым актом, что предопределяло высокую потребность в информировании и комментировании законодательства с его незначительным числом законов как актов высшей юридической силы. В условиях пусть и существующей законодательной множественности, но уже отдифференцированной системы правовых норм этой форме взаимодействия науки и практики объективно предопределено сократиться. Но она продолжает оставаться чуть ли не единственной формой взаимодействия мира науки с практическим. Как отмечал в своё время русский цивилист Б.С. Гамбаров: «... сводить все правоведение к толкованию действующего законодательства – значит вести юриспруденцию как науку к банкротству»¹².

Известно, что юридическая практика существует в самых разнообразных формах. Кроме практики законотворчества – то ещё и практика адвокатская, нотариальная, образовательная, направленная на «умопостижение» права, практика правореализации за счет действий управомоченных лиц, а также практика судебная. Не будет преувеличением сказать, что абсолютное большинство видов юридической практики «равнодушны» к теоретической науке, в том числе и практика образовательная, «пораженная» эффектом прагматизма. Наука идет своим путем, а практика своим и пути эти пересекаются крайне неохотно, так как критерии «взаимного интереса» очень тусклые. Равнодушия нет, когда речь заходит о взаимодействии теоретической науки и судебной прак-

тики. Как ранее, так и сейчас, это взаимодействие именуется словом «рознь». По замечанию, Г.Ф. Шершеневич, «эта ненормальная рознь составляет у нас постоянное явление и продолжает существовать по настоящее время»¹³.

Проблема давняя и в разные периоды истории к ней подходили неоднозначно. Так, в свое время глоссаторы – теоретические юристы средневековой Европы, поддерживая чистоту римского права, предоставили практикам свободное распоряжение той стороной права, где требовалось изменение новых отношений в жизни народа с тем, что ликвидировать разлад между теорией и практикой в юриспруденции и для того чтобы не довести это явление до крайности¹⁴. Но в более поздние периоды влияние науки на судебную деятельность не допускалось. Каждая из них шла «своей дорогой, самостоятельно заботясь о своем существовании и чуждаясь друг друга»¹⁵. Юридические же сочинения, особенно монографии, нисколько не интересовали практиков, тогда как различные издания судебных уставов и кассационных решений расходились в десятках тысячах экземпляров¹⁶.

Нельзя утверждать, что современная картина аналогична. Сегодня возможно говорить о взаимодействии науки и практики на уровне высших судебных инстанций. Иное дело ниже – там, где разрешается основная масса гражданско-правовых споров. Здесь, по замечанию, Б.М. Гонгало, проблема непонимания одной категорией юристов других категорий значительно усиливается. Причин несколько и они не только в разрыве между «должным», проповедываемом наукой, которая не имеет дела с действительностью, и тем «сущим», с чем имеет дело судебная практика. Одна из причин в теоретической беспощадности со стороны ученых по отношению к судебным актам, когда доктрина «в своих научных интересах может поднять один акт на высочайший уровень и также легко сбросить другой»¹⁷. Но проблема «порицания со стороны науки» не сильно беспокоит судейский корпус – судьи в ответ платят тем же: беспощадностью по отношению и к ученым, и к «праву науки» (Е.В. Васильковский), и к нормам законодательства, ещё больше усиливая существующее противостояние. Многое здесь идёт от непонимания истинного назначения науки, её внутренних элементов и искаженного представления о формах влияния науки на практику. Верное же понимание структурных особенностей гражданско-правовой науки, в конечном итоге не позволит скатиться в пользу того тезиса, что наука – это служанка практики. Собственно эти процессы уже идут – редко встретишь диссертацию по гражданскому праву, которая бы не опиралась в научной актуальности на проблемы социального плана или прак-

тические сложности реализации тех или иных норм. Парадокс налицо – обосновывается актуальность научной (теоретической) работы, но не за счет ссылок на научные аргументы или ситуацию научного незнания, которая может и должна быть преодолена за счёт вновь полученного научного знания, а за счет практических проблем, существовавших в гражданско-правовой практике. Не без этого же столь частыми явились случаи, когда за научное знание выдается то, которое таковым и не является (новый ракурс уже известных теоретических построений, критика существующего законодательства, выработка предложений по совершенствованию). Всё это можно расценивать как шаг к формированию в нашем обществе идеологии юридического утилитаризма, а не афиширование ценностей науки и цивилистики, в частности.

¹ *Покровский И.А.* История римского права. М.: Статут, 2004 (Классика российской цивилистики). С. 170.

² *Пахман С.В.* О современном движении в науке права // Вестник гражданского права. 2008. №3. Т. 8. С. 188.

³ Цит. по: Исследование А. Стоянова. Методы разработки положительного права и общественное значение юристов от глоссаторов до конца XVIII столетия. Харьков, Типография Чеховского и Зарина, 1862. С. 4.

⁴ *Мурзин Д.В.* Вводный очерк к журналу «Цивилистическая практика». 2007. №3(24). С. 8.

⁵ *Фогельсон Ю.Б.* Избранные вопросы общей теории обязательств: Курс лекций. М.: Юрист, 2001. С. 20.

⁶ *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. Изд. Вицына. Вып. 1-й. С. 15. Цит. по: Исследование А. Стоянова. Введение. С. XII.

⁷ *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. Указ. соч. С. 51.

⁸ *Пахман С.В.* О современном движении в науке права // Вестник гражданского права. 2008. №3. Т. 8. С. 200.

⁹ *Фуко М.* Рождение клиник. М., 1998. С. 17.

¹⁰ *Покровский И.А.* Указ. соч. С. 284.

¹¹ *Гревцов Ю.И., Хохлов Е.Б.* О юридико-догматических химерах в современном российском правоведении // Правоведение. 2006. №5. С. 4–23.

¹² *Гражданское право.* Общая часть. М., 2003. С. 10.

¹³ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Наука гражданского права в России. М., 1983. С. 221.

¹⁴ Исследование А. Стоянова. Указ. соч. С. 4.

¹⁵ *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 232.

¹⁶ *Гольмстен А.Х.* Юридические исследования и статьи. 1894. Предисловие, VI-VII.

¹⁷ *Степанов С.А.* Блеск и нищета пандектистики. О традициях и нетрадициях русского гражданского права (наброски к статье) // Проблемы теории гражданского права. Вып. 2 / Институт частного права. М.: Статут, 2006. С. 151.

ОСНОВНЫЕ ОБЯЗАННОСТИ СТОРОН ЛИЦЕНЗИОННОГО ДОГОВОРА ПО ГК РФ

Обязанности сторон являются составной частью содержания лицензионного договора. Представляется целесообразным проанализировать содержание и учесть недостатки регулирующих эти обязательства норм права для повышения эффективности применения договора в РФ.

Базовой субъективной обязанностью лицензиара согласно ст. 1235 ГК РФ является предоставление лицензиату права использования исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации на срок и в объеме, предусмотренных договором.

Встречная обязанность принадлежит лицензиату и заключается в уплате лицензиару вознаграждения. Договор является возмездным, если его безвозмездность не установлена договором. Для возмездных договоров условие о размере вознаграждения и порядке его определения является существенным, при его отсутствии договор признается незаключенным (п. 5 ст. 1235 ГК РФ). Вознаграждение обычно уплачивается в форме единовременного (паушального) платежа, роялти (т.е. процента от дохода, полученного от осуществления переданного права) или сочетания того и другого. Некоторые исследователи считают данную норму четвертой части ГК РФ нововведением, так как полагают, что по ныне действующему законодательству невозможно заключение безвозмездных договоров о распоряжении исключительным правом. Однако судебная практика не признает такие договоры автоматически недействительными¹.

Исходя из того, что лицензиар в лицензионном договоре обязуется предоставить лицензиату право на использование объектов договора, лицензиат, на первый взгляд, имеет встречное субъективное право требования исполнения указанной обязанности.

При этом, согласно положениям ст. 1235 ГК РФ, возможно существование как реальной, так и консенсуальной модели лицензионных договоров. При реальной, в отличие от консенсуальной, модели договора приобретатель не наделяется правом требовать передачи права. Од-

нако предоставляемое по лицензионному договору право использования по своей сути имеет нематериальное выражение (форму): его нельзя передать как обычную вещь простым вручением либо иным способом, предусмотренным законом (ст. 223, 224 ГК РФ). Фактически получается, что у лицензиата возникает право использовать объект договора с момента заключения договора и возникновения лицензионного правоотношения. Поэтому существует мнение, что обязанность по предоставлению названного права в любом случае считается выполненной в обозначенный момент, в том числе и при консенсуальной модели договора. Потому у лицензиата де-факто не образуется правомочия требовать от лицензиара предоставления права на использование объекта. Притом, исходя из п. 3 ст. 165 ГК РФ, приобретатель (лицензиат) в любом случае будет иметь возможность обязать правообладателя (лицензиара) к государственной регистрации договора в случае ее обязательности. Такие договоры порождают правовой эффект именно с момента их государственной регистрации, соответственно в этот момент возникает правоотношение из лицензионного договора, включая и названную выше обязанность по предоставлению лицензиату оговоренного исключительного права (п. 3 ст. 433, п. 6 ст. 1232, п. 2 ст. 1235 ГК РФ).

В силу действия в гражданском праве принципа свободы договора (ст. 421 ГК РФ) стороны в лицензионном договоре могут согласовать иной момент возникновения у лицензиата права использования объекта договора. Тем не менее в данной ситуации отмеченное право требования также фактически не существует. В этом случае право на использование объекта договора возникает само по себе в силу достигнутого соглашения с наступлением соответствующего договорного условия.

Во всех случаях лицензиат имеет право требовать от лицензиара не чинить препятствий в осуществлении принадлежащего лицензиату по договору права. Представляется, что это субъективное право заменяет собой право требования исполнения обязанности по предоставлению лицензиату права на использование объекта договора.

По договору исключительной лицензии на лицензиара налагается также обязательство воздержаться от выдачи лицензий с тем же предметом и способом использования объекта договора другим лицам.

Пункт 1 ст. 1237 ГК РФ предписывает, что лицензиат обязан представлять лицензиару отчет об использовании результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, если лицензионным договором не предусмотрено иное. В случае если в лицензионном договоре отсутствуют условия о сроке и порядке представления

отчетов, лицензиат обязан представлять такие отчеты лицензиару по его требованию.

Из анализа положений ГК РФ о товарных знаках вытекают следующие дополнительные обязанности сторон по лицензионному договору:

– обязанность лицензиата обеспечить соответствие качества производимых или реализуемых им товаров, на которых он помещает лицензионный товарный знак, требованиям к качеству, устанавливаемым лицензиаром. По мнению А.П. Сергеева, привлечь лицензиара к ответственности за низкое качество лицензионного товара можно будет лишь тогда, когда лицензионным договором предусмотрено, что качество производимого по лицензии товара будет не ниже качества, устанавливаемого лицензиаром, а качества товара самого лицензиара, соответствующего императивным законодательным требованиям;

– обязанность лицензиара осуществлять контроль за исполнением лицензиатом его обязанности по обеспечению качества. При этом ГК РФ содержит лишь норму об указанном *праве* лицензиара, что представляется не вполне корректным.

Существует мнение, что это право в силу его двойственной правовой природы включает в себя возможность лицензиара определять юридические параметры контроля, в частности, время проведения контрольных мероприятий, их объем и содержание, т.е. существо контрольных мероприятий, и обязанность лицензиата им подчиняться; обязанности сторон, связанные с регистрацией лицензионного договора. Регистрационные обязанности обычно по своему составу включают необходимость сформировать и подать соответствующие документы на регистрацию, а также необходимость нести расходы по регистрации. Данные обязанности могут быть связаны и с изменением договора.

Стороны лицензионного договора могут включить в договор любые иные условия, которые они считают необходимыми для достижения цели договора, в том числе о соблюдении режима конфиденциальности, об обязанности лицензиата не оспаривать действительность регистрации объекта, предоставленного лицензиаром.

Таким образом, лицензиат получает право использовать исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации по общему правилу, с момента заключения договора. В этот же момент встречная обязанность лицензиара по предоставлению названного права лицензиату считается выполненной. Лицензиар обязан не препятствовать деятельности лицензиата, не предоставлять аналогичные лицензии при исключительном характере договора. В обязанности лицензиата входит обязанность осуществления

платежей за пользование, предоставления отчетов. В отношении дополнительных обязанностей по договору о пользовании товарным знаком представляется необходимым усовершенствовать ст. 1489 ГК РФ об обеспечении качества производимого товара, а также учитывать двойственную правовую природу данной обязанности.

¹ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 21 ноября 2002 г. №Ф08-4340/2002 // СПС «КонсультантПлюс».

Д.Б. Коротков

Пермский государственный университет

ИМЕЕТ ЛИ СУБСТИТУТ ПРАВО СОВЕРШИТЬ СДЕЛКУ ОТ ИМЕНИ ПРЕДСТАВЛЯЕМОГО С ПЕРВОНАЧАЛЬНЫМ ПРЕДСТАВИТЕЛЕМ?

Согласно п. 3 ст. 182 ГК РФ представитель не может совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично.

В то же время ст. 187 ГК РФ предусматривает в ряде случаев право представителя совершить передоверие полученных от представляемого полномочий другому лицу (субституту).

Из сопоставления данных правовых норм возникает вопрос: имеет ли право субститут совершить сделку от имени представляемого с первоначальным представителем.

Например, возможна следующая ситуация: доверитель выдает доверенность для совершения сделки купли-продажи дома своему представителю с правом передоверия. Представитель передоверяет совершить указанные в доверенности действия субституту. Возможно ли отчуждение дома субституту в собственность первоначального представителя?

Автор предпримет попытку обосновать невозможность совершения подобной сделки как нарушающей императивные требования закона.

С одной стороны, согласно п. 3 ст. 182 ГК РФ представитель не может совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично. Таким образом, прямого запрета в законе на совершение подобной сделки субституту мы не находим, поскольку буквально закон запрещает ее совершение только первоначальным представителем, но не субституту. При этом отмечаем, что передоверие полномочий от

© Коротков Д.Б., 2010

первоначального представителя субституту может быть признано притворной сделкой (ст. 170 ГК РФ), если будет доказано, что субститут знал об истинной цели такого передоверия – обойти запрет установленный п. 3 ст. 182 ГК РФ. Однако возможность доказать эти обстоятельства на суде представляется затруднительной.

С другой стороны, в гражданском праве действует принцип, согласно которому никто не может передать прав больше, чем имеет сам. Первоначальный представитель получает от представляемого полномочия продать дом. При этом совершить сделку в отношении себя лично он не вправе в силу закона (п. 3 ст. 182 ГК РФ). Получается, что первоначальный представитель обладает следующим объемом прав: продать вещь неопределенному кругу лиц за исключением самого себя. Именно этот объем прав первоначальный представитель вправе передоверить субституту. Соответственно в порядке передоверия у субститута появится следующий объем прав: продать вещь неопределенному кругу лиц, за исключением первоначального представителя и себя самого.

Кроме того, поскольку доверенность выдается с целью представления и охраны интересов представляемого представителем, то если представитель станет совершать сделки от имени представляемого в своих интересах, это может привести к нарушению прав и законных интересов последнего.

Цель передоверия та же самая: представление и охрана интересов представляемого. Поэтому лицо, передоверившее полномочия, обязано действовать добросовестно и не использовать передоверие полномочий в своих интересах, в том числе в целях обхода императивной нормы п. 3 ст. 182 ГК РФ о невозможности представителю совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично.

По нашему мнению, невозможность совершения подобной сделки субституту объясняется также местом, которое он занимает в правоотношении представительства.

Дело в том, что после совершения передоверия первоначальный представитель не выбывает из правоотношения представительства и сохраняет за собой переданные субституту полномочия в полном объеме. С этим суждением солидарен М.И. Брагинский, который указывает, что хотя передоверие и совершается первоначальным представителем, но делает он это от имени представляемого. Следовательно, субститут вступает в правоотношение не с первоначальным представителем, а с представляемым как будто он и выдал ему доверенность. Ученый делает вывод, что поверенный не передает своих прав субституту, а лишь наделяет его имеющимся у него правом, сохраняя одновременно это же право за собой.

Кроме того, согласно п. 3 ст. 188 ГК РФ с прекращением доверенности теряет силу передоверие. Из этого следует вывод о второстепенности передоверия по отношению к основной доверенности.

Таким образом, мы считаем, что субститут не может совершать сделки от имени представляемого с первоначальным представителем. Это решение позволит избежать возможных злоупотреблений со стороны недобросовестных представителей, желающих прикрыть сделку от имени представляемого в отношении себя тем, что совершают передоверие и реализуют свое намерение через номинальную фигуру субститута.

О.А. Кузнецова

Пермский государственный университет

КВАЛИФИКАЦИЯ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ И СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Влияние квалификации гражданских правонарушений на выбор способа защиты права. Квалификация является юридической оценкой правонарушения, определяющей нормы права, подлежащие применению в деле. Если в уголовном и административном праве квалификация деяния напрямую связана через санкцию соответствующей статьи с видом и размером наказания, то в гражданском праве – с выбором того или иного способа защиты права.

Суды всё чаще в качестве «самостоятельного основания для отказа в исковых требованиях» называют «избрание ненадлежащего способа защиты права». При этом как в законодательстве, так и в цивилистической доктрине, по сути, отсутствуют единые подходы к квалификации одних и тех же правонарушений и, как следствие, к условиям и сферам применения тех или иных способов защиты права.

Многолетняя судебная практика удовлетворения исков собственников о реституции при незаконном выбытии имущества по нескольким сделкам была остановлена соответствующими актами высших судов¹, однако споры об избрании виндикации или реституции в тех или иных случаях в настоящее время не утихают ни на страницах юридической печати, ни в решениях судов.

До сих пор нет четкого разграничения требований о взыскании основной задолженности по договору и требования об убытках².

Суды длительное время удовлетворяли требования о признании недействительной государственной регистрации права собственности; впоследствии ВАС РФ установил, что такой способ защиты права действующим законодательством не предусмотрен, поскольку «в ГК РФ, в Законе о регистрации, иных законах не предусмотрен такой способ защиты, как признание недействительным зарегистрированного права, Президиум приходит к выводу, что оспаривание зарегистрированного права на недвижимое имущество может происходить лишь с использованием установленных гражданским законодательством способов защиты, применяемых с учетом характера и последствий соответствующего правонарушения»³.

При признании договора незаключенным одни суды квалифицируют сложившиеся отношения сторон как фактические договорные отношения, другие – как неосновательное обогащение с применением, естественно, различных статей ГК РФ.

К сожалению, этот перечень неединообразных подходов к квалификации гражданско-правовых нарушений и способов защиты прав можно продолжить.

Способы защиты гражданских прав перечислены в ст. 12 ГК РФ. Способ защиты – это конкретная мера, реализация которой способна пресечь нарушение права или восстановить нарушенное право.

М.А. Рожкова пишет, что «способ защиты олицетворяет собой ту непосредственную цель, к достижению которой стремится субъект защиты, полагая, что таким образом он пресечет нарушение (оспаривание) своих прав и возместит понесенные потери, возникшие в связи с нарушением его прав»⁴. Для выбора способа защиты главный вопрос, на который должен ответить субъект права: что он должен получить, чтобы его право было восстановлено либо правонарушение было пресечено.

Таким образом, с одной стороны, в плоскости процессуального права материально-правовой способ защиты права – это предмет требования. С другой стороны, реализация того или иного способа защиты (взыскание задолженности по договору, взыскание неосновательного обогащения, взыскание убытков) представляет собой определенное «наказание» для правонарушителя. И, безусловно, нельзя допускать за одно и то же правонарушение разные «наказания». В теории права различные наказания могут быть следствием только различной квалификации деяний, а значит, и самих деяний.

Квалификация нетипизированных гражданских правонарушений и способы их защиты. В отличие от уголовного и административного права, в которых все наказуемые деяния предусмотрены зако-

ном, гражданские правоотношения и их нарушения могут возникать из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности (ст. 8 ГК РФ). Следовательно, если возможно возникновение прав и обязанностей, не регламентированных законом (нетипизированных правоотношений), значит, возможна ситуация, в которой предусмотренные законом способы защиты могут и не подойти.

При этом ст. 12 ГК РФ устанавливает, по сути, закрытый законом перечень способов защиты гражданских прав, разрешая защищать права «иными способами, предусмотренными законом».

Другими словами, способы защиты гражданских прав могут быть сформулированы только в федеральных законах. На то, что подобная формулировка противоречит ст. 45 Конституции РФ, нами уже указывалось ранее⁵, поскольку конституционная норма разрешает защищать права способами, не противоречащими закону. Е.В. Вавилин верно отмечает, что «если гражданское право по характеру норм и направленности регулирования является преимущественно дозволительной отраслью, то главным результатом его регулирующего воздействия является не наложение запретов и не ограничения, а наделение определенным правом. Исходя из своей направленности, функций, именно цивилистика в первую очередь должна следовать названному правилу, указанному в ч. 2 ст. 45 Конституции РФ»⁶.

Способ защиты прав при нарушении нетипизированного правоотношения нужно будет создавать из общих начал и смысла гражданского законодательства, из принципов гражданского права, иначе лицо будет лишено права на защиту, что недопустимо. Однако отметим, что Концепция совершенствования гражданского законодательства сохраняет существующую формулировку, допуская только способы защиты, предусмотренные законом, что, на наш взгляд, неверно⁷.

К сожалению, правоприменители нередко злоупотребляют тем, что перечень способов защиты прав законодательно закрыт и, даже установив нарушение прав лица, обратившегося в суд за защитой, пишут в решении, что «в законодательстве отсутствует выбранный заявителем способ защиты, поэтому в удовлетворении требований отказано». То есть получается парадоксальная ситуация – суд констатирует, что субъективное право, а значит, и закон, действительно, нарушены, но поскольку способ защиты в законе не предусмотрен или выбран заявителем неверно, то его нарушенные права не защищаются и не восстанавливаются. Правонарушение налицо, а санкции за него нет.

Квалификация гражданского правонарушения и свобода выбора способа защиты. И в научных источниках и в правоприменительных актах нередко отмечается, что субъект защиты свободен в выборе способов защиты своих прав. В чем заключается эта свобода и каковы её границы?

Наибольшая ясность в ответе на этот вопрос существует при **прямом** закреплении способа защиты при нарушении определенных прав. Например, согласно п. 3 ст. 486 ГК РФ, если покупатель своевременно не оплачивает переданный в соответствии с договором купли-продажи товар, продавец вправе потребовать оплаты товара и уплаты процентов в соответствии со ст. 395 ГК РФ. Здесь свободы выбора способа защиты у продавца нет, так как способ защиты сформулирован законом императивно. Если способ защиты определен в санкции статьи, то при выборе иного способа защиты суды отказывают в удовлетворении требований.

По поводу такой судебной позиции можно высказать ряд возражений.

Приведем конкретный пример. Акционер обратился с иском об «устранении нарушений прав акционеров, выраженных в ненадлежащем определении цены выкупаемых ценных бумаг, признании равной стоимости одной обыкновенной акции и одной привилегированной акции». Суд установил, что ООО приобрело более 95 % акций ОАО и в соответствии с законом воспользовалось своим правом на выкуп у истца принадлежащих ему акций. Ссылаясь на ненадлежащее определение цены акций, истец обратился в суд. Суд, отказывая в удовлетворении иска, в решении отметил следующее: «... абзацем 5 пункта 4 статьи 84.8 Закона об акционерных обществах предусмотрено, что владелец ценных бумаг, не согласившийся с ценой выкупаемых ценных бумаг, вправе обратиться в арбитражный суд с иском о взыскании убытков, причиненных в связи с ненадлежащим определением цены выкупаемых ценных бумаг»⁸.

Суд сделал вывод, что в этой ситуации единственным способом защиты может быть только иск об убытках, вызванных ненадлежащим определением цены выкупаемых акций (именно так текстуально сформулирован способ защиты в законе).

Но если мы внимательно посмотрим на фактуру дела, то мы увидим, что истец именно этого и хотел: он указывал на то, что цена акций определена неправильно и ему заплатили меньшую сумму, чем ему причиталась, тем самым причинив убытки. И хотя истец выразил свое требование другими словами, навряд ли суд его не понял. Конечно, если

истцу не удалось бы доказать занижение цены выкупаемых акций, то суд обоснованно отказал бы в иске, но с другой мотивировкой решения.

Но насколько обоснованно отказывать в удовлетворении требования (в связи с неверным выбором способа защиты), если факт правонарушения установлен судом?

Отметим, что отказ в иске в последней ситуации приведет к одному из двух последствий: либо истцу придется вновь обращаться в суд, используя новый способ защиты, либо он вообще больше не будет обращаться в суд по данному спору (например, в связи с отсутствием средств или времени). Конечно, обращаться или нет повторно в суд (с новым способом защиты) – это право участника гражданских отношений, но насколько отказы суда в защите и восстановлении права при наличии факта его нарушения способствуют целям правосудия, процессуальной экономии и вообще принципам правового государства?

Намного более сложной представляется ситуация, при которой конкретный способ защиты в санкции статьи не указан.

С одной стороны, громко провозглашается свобода лица в выборе способов защиты, предусмотренных в ст. 12 ГК РФ: «Выбор способа защиты принадлежит субъекту права, который вправе воспользоваться как одним из них, так и несколькими способами»⁹. С другой – суды всё чаще эту свободу ограничивают, отказывая в удовлетворении требований, в связи с неверно избранным способом защиты: «...способ защиты права предопределяется теми правовыми нормами, которые регулируют конкретные правоотношения. В этой связи субъект права вправе применять только определенный способ защиты гражданских прав»¹⁰.

Однако согласно ч. 1 ст. 196 ГПК РФ или ч. 1 ст. 168 АПК РФ, суд определяет, какие нормы права следует применить к установленным обстоятельствам. Таким образом, именно суд дает квалификацию спорным правоотношениям, которая предопределяет способ защиты. В действительности, стороны могут узнать о квалификации правонарушения судом только из его решения. Возникает закономерный вопрос: где заканчивается право лица выбирать способ защиты и начинается право суда этот способ определять?

Думается, что необходима некоторая процессуальная процедура обязательного обсуждения судом и сторонами спора квалификации правонарушения. При обсуждении этого вопроса в судебном разбирательстве, возможно, что заявитель (также как, например, обвинитель в уголовном процессе) уточнит свой взгляд на квалификацию и способ защиты (санкцию).

Если же этого не произойдет, то суд будет вправе отказать в иске, указав стороне на неправильный выбор способа защиты. Возможно,

судам следует при этом отмечать, какой способ защиты они считают в данных обстоятельствах надлежащим. Такая формулировка должна ориентировать лицо на замену способа защиты и возможность ещё раз обратиться в суд.

Квалификация гражданских правонарушений как самостоятельное направление исследований в цивилистической науке. Основная сложность рассматриваемых вопросов, на наш взгляд, заключается в отсутствии научно обоснованных и подтвержденных единообразной судебной практикой линий соответствия между способами защиты и конкретными гражданскими правонарушениями. Должны быть достаточно определенно очерчены сферы применения того или иного способа защиты права. Ведь правоотношение квалифицируют («диагностируют») и субъект нарушенного права, и суд. При этом результат такой «диагностики» у этих лиц может не совпадать. В этом случае суд «связет» свою квалификацию с соответствующим способом защиты, который, конечно, не использовал заявитель, поскольку он квалифицировал правоотношение по-иному. И как результат – отказ в удовлетворении требований.

В этом отношении усилия цивилистов должны быть направлены на развитие теории квалификации гражданских правонарушений. Подчеркнем, что квалификация противоправных деяний как самостоятельное направление исследований серьезно разработано в науке уголовного и административного права, тогда как в гражданском праве пока отсутствует даже постановка такого вопроса. Именно правильная квалификация правонарушения определяет выбор того или иного способа защиты нарушенного права (меры воздействия и ожидаемого результата) и тем самым сферу его применения.

Если же и заявитель и суд квалифицируют правоотношение одинаково, факт правонарушения доказан материалами дела, но заявитель неверно назвал или сформулировал способ защиты, то суд должен предложить уточнить предмет требования, а возможно, особенно в судах общей юрисдикции, с учетом объяснений заявителя, скорректировать формулировку предмета требований. Как верно отметил Конституционный суд РФ, «суды должны в каждом конкретном случае реально обеспечить эффективное восстановление нарушенных прав, – иное означало бы необоснованный отказ в судебной защите»¹¹.

Лица обращаются в суд за защитой своих гражданских прав. Все усилия судов, в том числе в толковании материальных и процессуальных норм, должны быть направлены на реальное восстановление нарушенного права, а не только на констатацию факта его нарушения.

Полагаем, что российская цивилистическая наука и практика нуждаются в разработке собственной теории квалификации гражданских правонарушений и выбора способа защиты гражданских прав.

- ¹ Постановление Конституционного суда РФ от 21 апреля 2003г. № 6-П «По делу о проверке конституционности положений п. 1 и 2 ст. 167 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан О.М. Мариничевой, А.В. Немировской, З.А. Складной, Р.М. Складной и В.М. Ширяева» // Вестник Конституционного суда РФ. 2003. № 3; Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 г. №126 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. №1.
- ² См. об этом: *Добрачев Д.В.* Иски о взыскании основного долга и убытков // Юрист. 2007. №11. С. 55–61.
- ³ Постановление Президиума ВАС РФ от 28 апреля 2009г. №15148/08 по делу №21-3607/2007 // СПС «КонсультантПлюс». См. также: Определение ВАС РФ от 5 июля 2010г. №А41-10701/08 // СПС «КонсультантПлюс».
- ⁴ *Рожкова М.А.* Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 121–122.
- ⁵ *Кузнецова О.А.* Нормы-принципы российского гражданского права. М.: Статут, 2006. С. 226–227.
- ⁶ *Вавилин Е.В.* Проблемы защиты гражданских прав // Бюллетень нотариальной практики. 2008. №2. С. 29; *Он же.* Проблемы защиты гражданских прав // правоведение. 2009. №1. С. 175.
- ⁷ Более того, в п. 1 3. Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации прямо отмечалось, что «ограничение, введенное указанием на допустимость использования только способов защиты прав, которые установлены законом, является в настоящее время оправданным и необходимым.» // Бюллетень нотариальной практики. 2009. №3. С. 10.
- ⁸ Определение ВАС РФ от 12 марта 2010г. №ВАС-2319/10 по делу №А07-4033/2009 // СПС «КонсультантПлюс».
- ⁹ Определение Верховного суда РФ от 5 мая 2009г. №5-В09-10 // СПС «КонсультантПлюс».
- ¹⁰ Там же.
- ¹¹ Определение Конституционного суда РФ от 20 ноября 2003г. №502-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Родина Владимира Викторовича и Абрамовой Ларисы Владимировны за нарушение их конституционных прав положениями статей 4 и 116 Гражданского процессуального кодекса РСФСР, ст. 4 и 22 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации 1995года, ст. 29 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации 2002 года и ст. 137 и 138 Налогового кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

ИСТОРИЧЕСКИЙ АСПЕКТ ПОНЯТИЯ И ОСОБЕННОСТЕЙ БЮДЖЕТНОГО УЧРЕЖДЕНИЯ

Для определения особенностей новых типов учреждений в российском законодательстве, например автономных учреждений, необходимо характеризовать бюджетное учреждение в его историческом развитии. Подробно определены особенности бюджетного учреждения в советское время в работе С.Н.Братуся «Субъекты гражданского права». Учреждения – это тот структурный тип юридического лица, который отличен от понятия союза лиц, т.е. кооперативной или общественной организации. Юридическая личность как бюджетных, так и хозрасчетных организаций в социалистическом государстве вытекала из принципа демократического централизма, формы же его проявления различны в связи с различной степенью оперативной и имущественной самостоятельности этих органов (с. 247) В РСФСР был издан закон, урегулировавший участие в гражданских правоотношениях госбюджетных учреждений (Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 27 сентября 1926 г. «О хозяйственных операциях учреждений, состоящих на государственном бюджете»). За госбюджетными учреждениями было признано право на совершение лишь тех сделок, которые непосредственно связаны с деятельностью этих учреждений или являются необходимыми для осуществления возложенных на них задач. Таковы сделки по закупке топлива, хозяйственных и канцелярских товаров, инструментов и материалов и т.п., обеспечивающих нормальную деятельность учреждения. Право на совершение сделок, а равно право быть истцом и ответчиком по имущественным спорам, предоставляется лишь учреждениям, имеющим самостоятельную смету и являющимся в лице своих руководителей самостоятельными распорядителями кредитов. По заключенным ими сделкам учреждения отвечают как бюджетными ассигнованиями, так и специальными средствами, отпускаемыми и предоставляемыми учреждениям на соответствующие операции. Открытые данному учреждению кредиты используются исключительно в сметном порядке по прямому назначению на те именно нужды, которые предусмотрены соответствующими сметными подразделениями.

Специальные денежные средства – это суммы, образованные из тех доходов бюджетного учреждения, которые могут расходоваться этим учреждением на специальные цели без проведения по доходной или расходной части государственного или местного бюджета. Они об-

разуются либо за счет доходов, получаемых учреждением от вспомогательных подсобных предприятий, либо за счет доходов, непосредственно извлекаемых учреждением от различного рода хозяйственных операций и операций по оказанию услуг, характер которых определяется содержанием функций данного учреждения. К расходной части специальных средств отнесены расходы на проведение тех мероприятий, которые направлены на поддержание и развитие доходных источников специальных средств (например, арендная и квартирная плата расходуется на содержание и ремонт зданий). Наличие специальных средств создает дополнительную материальную базу для учреждений, повышает его заинтересованность в результатах его деятельности, вместе с тем сокращая ассигнования по госбюджету.

Специальные средства подобно бюджетным ассигнованиям расходуются по целевому назначению в строгом соответствии с назначением этих средств в пределах утвержденных средств наличности. Специальные средства хранятся на особых текущих счетах.

Среди бюджетных учреждений, обладающих специальными средствами, следует различать учреждения, осуществляющие только функции, выполнение которых требует соответствующих ассигнований из бюджета, но и функции, выполнение которых может быть организовано на хозрасчетных основаниях: за работу, производимую этими учреждениями, они получают вознаграждение от обслуживаемых ими лиц – граждан или юридических.

Из данной выше характеристики имущественного положения бюджетных учреждений можно заключить, что учреждения, руководители которых имеют права самостоятельных распорядителей кредитов, удовлетворяют основным признакам юридического лица. В гражданских правоотношениях госбюджетное учреждение выступает от своего имени. Оно действует либо на основе положения, общего для всех учреждений данного типа, либо на основе специального положения или устава. Таково первое, необходимое для юридического лица условие, – организационное единство. Наличие самостоятельной сметы свидетельствует об имущественной обособленности учреждения. Вне сомнения и то, что учреждение обладает в своих имущественных отношениях известной мерой оперативной самостоятельности. Наконец, оно самостоятельно отвечает по своим долгам, хотя ответственность эта осуществляется в иных формах, чем ответственность государственного хозрасчетного предприятия. Свои требования, вытекающие из обязательств учреждения, кредиторы предъявляют к оплате самому учреждению, а не к казне. Тот факт, что требования на сумму, превышающую определенный установленный законом лимит, осуществляются под контролем и по распоряжению органов Министерства финансов, не устраняет самостоятельной ответственности учреждения: оплата требо-

ваний в этом случае производится за счет средств, предоставленных по смете учреждению.

Однако в российском гражданском праве понятие учреждение имеет свое, особое значение, отличное от традиционного. Под ним понимается некоммерческая организация, полностью или частично финансируемая учредителем-собственником и обладающая ограниченным вещным правом на свое имущество. Поэтому в отечественном законодательстве отсутствует деление юридических лиц на корпорации и учреждения¹.

О.А. Красавчиков все бюджетные учреждения подразделил на две группы². К первой относятся госорганы, занимающиеся административной, управленческой, планово-регулирующей деятельностью. Ко второй относятся госорганы, выполняющие конкретную общепользную деятельность, не связанную с управлением (учебные заведения и др.), либо совмещающие эту деятельность с управленческой. Признаком госбюджетного учреждения является наличие самостоятельной сметы при условии, что руководитель пользуется правом распорядителя кредита. В смете указывается общая сумма средств, выделенных государством из бюджета, а также конкретные цели и объем их расходования. На каждый календарный год за учреждением утверждается самостоятельная смета и за каждый год учреждение отчитывается об ее исполнении. Правосубъектность госбюджетных учреждений определяется тем, что их основная деятельность не находится в сфере товарно-денежных отношений и не опосредуется нормами гражданского права. В сферу гражданско-правовых отношений учреждения включаются, поскольку это нужно им для обеспечения своей деятельности. Они закупают канцелярские товары, мебель и т.д.

Следовательно, на протяжении истории основной особенностью российского бюджетного учреждения является наличие ограниченного вещного права на закрепленное за ним имущество с основным источником финансирования - его учредителем. Таким образом, при рассмотрении вопроса об особенностях автономного учреждения, несомненно, следует обратиться к истории бюджетных учреждений в России.

¹ Гражданское право. Т. 1 / под ред. Е.А. Суханова М.: БЕК, 2003. С.181.

² Красавчиков О.А. Сущность юридического лица // СГП.1976.№1. С. 167.

Н.А. Куркова

Пермский государственный университет

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ОБРАЩЕНИЯ ВЗЫСКАНИЯ НА ЗАЛОЖЕННОЕ ИМУЩЕСТВО ВО Внесудебном порядке.

30 декабря 2008 г. был принят Федеральный закон «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием порядка обращения взыскания на заложенное имущество» №306-ФЗ. С момента принятия этого закона прошёл уже достаточно большой промежуток времени, однако, как свидетельствует практика, исполнительные надписи по обращению взыскания на заложенное имущество совершаются не часто. Причиной этому, на наш взгляд, являясь противоречия и пробелы в действующем законодательстве. Можно выделить несколько вопросов, требующих разрешения в первую очередь.

Первый вопрос. Должно ли согласие залогодателя на внесудебный порядок обращения взыскания на заложенное имущество содержать все существенные условия договора о залоге (ипотеке)?

Думается, что ответ на этот вопрос зависит от того, как мы определяем правовую природу согласия. Если согласие – это сделка, то тогда в нём должны содержаться все существенные условия договора о залоге (ипотеке). Но такой ответ не соответствует требованию закона о том, что согласие может быть дано и до заключения договора об ипотеке (п.1 ст. 55 ФЗ «Об ипотеке») Если же согласие рассматривать лишь как условие совершения сделки, то ответ может быть другой: в нем не обязательно должны содержаться существенные условия договора о залоге (ипотеке).

Видимо, в указанный документ должна быть включена информация, достаточная для идентификации залогодателя, залогодержателя и объекта залога, а также информация подтверждающая безусловное согласие залогодателя на внесудебный порядок обращения взыскания на заложенное имущество.

Второй вопрос. В каких случаях невозможен внесудебный порядок обращения взыскания на заложенное имущество? Соответствующий перечень содержится в ст. 55 ФЗ «Об ипотеке» и ст. 349 ГК РФ.

В том случае, когда предметом залога является недвижимое имущество, являющееся общей совместной собственностью супругов, можно обращать взыскание на него во внесудебном порядке, если есть согласие другого супруга на передачу имущества в залог и на внесудебный порядок обращения взыскания. Такой вывод следует из пп. 4 п. 2 ст. 55 ФЗ Об ипотеке. Что касается пп.1 указанной нормы, то в нем, как

нам представляется, речь идёт об имуществе, которое не является общей собственностью, а принадлежит одному физическому лицу.

Сложнее ответить на вопрос о том, возможен ли внесудебный порядок обращения взыскания на движимое имущество, являющееся общей совместной собственностью супругов?

Из буквального толкования пп. 1 п.6 ст. 349 ГК РФ (для заключения договора о залоге имущества физического лица требовалось согласие или разрешение другого лица либо органа) вытекает невозможность внесудебного порядка обращения взыскания на заложенное движимое имущество, являющееся общей совместной собственностью супругов. Получается, что при наличии согласия сособственника возможно обратиться взыскание во внесудебном порядке на более ценное и более социально значимое имущество, а на имущество менее ценное – нельзя, даже при наличии согласия сособственника (другого супруга). Ничем, кроме небрежности законодателя, объяснить это странное положение нельзя.

Представители банков (и часть нотариусов разделяет их мнение) считают, что запрет на внесудебный порядок, установленный пп. 1 п. 6. ст. 349 ГК РФ, не применяется в случае, когда предмет залога является движимое имущество, принадлежащее супругам, поскольку ст. 35 Семейного кодекса РФ требует получения согласия другого супруга только на сделку с недвижимостью, сделку, подлежащую нотариальному удостоверению и (или) регистрации в установленном законом порядке. В других случаях это согласие предполагается.

С такими суждениями трудно согласиться. То, что согласие предполагается, не означает, что оно не требуется. В данном случае можно говорить лишь о том, что конкретная форма такого согласия не определена законодателем (не требуется согласия в письменной форме или нотариально удостоверенное согласие). Но ведь и пп. 1 п. 6 ст. 349 ГК РФ ничего не говорит о форме согласия.

Часть нотариусов согласны с тем, что внесудебный порядок обращения взыскания невозможен, если предмет залога является право аренды земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности (имеются в виду случаи, когда право аренды является предметом договора об ипотеке само по себе и взыскание на право аренды будет обращаться как на самостоятельный предмет залога).

В силу п. 5 ст. 5 ФЗ «Об ипотеке» «Правила об ипотеке недвижимого имущества соответственно применяются к залого прав арендатора по договору об аренде такого имущества (право аренды), поскольку иное не установлено федеральным законом и не противоречит существу

арендных отношений». Это может означать, в частности, что правила о залоге земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, применяются и к залогом права аренды.

Существует и другая точка зрения по данному вопросу, которая заключается в следующем. Формулировка п. 5 ст. 5 ФЗ «Об ипотеке» не позволяет сделать вывод о том, что правовое регулирование ипотеки земельных участков и ипотеки права аренды соответствующих земельных участков должно быть одинаковым. Поэтому запреты, касающиеся ипотеки того или иного вида недвижимого имущества, не распространяются на право аренды соответствующего имущества.

В том случае, когда предметом залога является доля в уставном капитале ООО в соответствии с п. 1 ст. 25 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» взыскание на неё может быть обращено только в судебном порядке. Однако исходя из буквального толкования этой нормы следует, что в некоторых случаях возможен и внесудебный порядок обращения взыскания, а именно – если доля заложена в обеспечение обязательств третьего лица и при этом доля принадлежит юридическому лицу, а также, если залогодатель и залогодержатель являются участниками одного общества, на долю в уставном капитале которого обращается взыскание. К последнему выводу можно прийти исходя из смысла п. 2 ст. 25 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью». На практике сложилось и другое мнение: взыскание на долю в уставном капитале ООО в любом случае может быть обращено только в судебном порядке.

Четвёртый вопрос. После совершения исполнительной надписи залогодателю направляется нотариально заверенная копия документа, на котором она совершена. Как быть в тех случаях, когда договор залога заключен между физическими лицами в простой письменной форме? Предлагается два варианта решения вопроса:

- сделать исключение из правил ст. 77–79 Основ законодательства РФ о нотариате и изготовить копию с такого договора;
- копию договора можно будет делать только при условии, что подлинность подписей физических лиц на нём засвидетельствована в установленном порядке.

В то же время свидетельствование подписи представляет собой отдельный вид нотариальных действий, наряду с удостоверением сделок. Поскольку это различные виды нотариальных действий, то, удостоверяя сделку, нотариус одновременно и свидетельствует подлинность подписи лиц, заключающих сделку. Поэтому, как уже отмечалось в литературе, вряд ли верно свидетельствовать подлинность подписи на документе, содержащим условия сделки, в нашем случае договор залога.

Ранее действующим законодательством это было прямо предусмотрено (п. 126 Инструкции о порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами РСФСР).

Учитывая изложенное, видимо, следует признать, что совершение исполнительной надписи и, следовательно, внесудебный порядок обращения взыскания на заложенное имущество невозможны в случаях, когда договор залога заключен в простой письменной форме между физическими лицами и подписи последних нотариально не засвидетельствованы.

В заключение отметим, что названные вопросы могут быть решены путем внесения дополнений и изменений в действующее законодательство, что, в свою очередь, будет способствовать защите прав участников залоговых отношений.

Д.Н. Латыпов

Пермский государственный университет

**НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО
РЕГУЛИРОВАНИЯ ОБРАЩЕНИЯ АКЦИЙ,
РАЗМЕЩЕННЫХ ДО ВСТУПЛЕНИЯ В СИЛУ
ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА ОТ 22.04.1996 №39-ФЗ
«О РЫНКЕ ЦЕННЫХ БУМАГ
БЕЗ ГОСУДАРСТВЕННОЙ РЕГИСТРАЦИИ»**

Далеко не секрет, что в 90-е гг. в Российской Федерации (далее – «РФ») создана масса акционерных обществ, эмитировавших акции при своем учреждении. Изначально законодательство (Положение о выпуске и обращении ценных бумаг и фондовых биржах в РСФСР, утв. постановлением Правительства РСФСР от 28.12.1991 №78¹, пункты 2 и 6, Инструкция о правилах совершения и регистрации сделок с ценными бумагами на территории РФ (издана на основании постановления Правительства РСФСР от 28.12.1991 №78, пункт 2.10)², Временное положение «О ведении реестра владельцев именных ценных бумаг», утв. постановлением Федеральной комиссии по ценным бумагам и фондовому рынку при Правительстве РФ от 12.07.1995 №3, пункты 2.1 и 3.3.2³), содержало императивную правовую норму – для обращения на территории Российской Федерации ценные бумаги должны пройти государственную регистрацию и получить в установленном порядке

регистрационный номер. Соответственно, не допускался оборот акций, выпущенных акционерными обществами, при отсутствии государственной регистрации выпуска таких акций.

Тем не менее на практике далеко не всегда эмитенты добросовестно исполняли указанную обязанность по регистрации выпусков акций. При этом нередко совершалась не одна сделка с неоднократной сменой приобретателей.

Позднее законодателем был установлен аналогичный запрет на обращение ценных бумаг, выпуск которых не зарегистрирован, в ряде иных нормативных актах (в частности, п. 2 ст. 5 Федерального закона «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг»⁴, п. 22 ст. 1 Федерального закона от 28.12.2002 №185-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон "О рынке ценных бумаг" и о внесении дополнения в Федеральный закон "О некоммерческих организациях"»⁵, ст. 27.6 Федерального закона «О рынке ценных бумаг»⁶).

Аналогичным образом складывалась судебная практика, достаточно обратить внимание на правовую позицию Высшего арбитражного суда РФ, отраженной в п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 23.04.2001 г. №63: в соответствии с действующим законодательством размещение акционерным обществом акций может осуществляться только после государственной регистрации их выпуска. Сделки с акциями, совершенные до их государственной регистрации, являются недействительными (ничтожными) в силу аб. 7 ст. 18 Закона о рынке ценных бумаг, п. 2 ст. 5 Федерального закона «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг»⁷.

Таким образом, тенденция развития законодательства и правоприменительной практики в сфере правового регулирования обращения акций, выпуск которых не зарегистрирован, прослеживалась четко и однозначно – такие сделки являлись недействительными (ничтожными) на основании ст. 168 Гражданского кодекса РФ (далее «ГК РФ»)⁸.

Однако 27 декабря 2003 г. вступил в силу Федеральный закон от 10.12.2003 №174-ФЗ «О государственной регистрации выпусков акций, размещенных до вступления в силу Федерального закона "О рынке ценных бумаг" без государственной регистрации»⁹.

Согласно п. 4 ст. 1 указанного закона владельцами ценных бумаг, государственная регистрация выпуска которых осуществлена в соответствии с настоящим Федеральным законом, признаются лица, которым ценные бумаги принадлежат на момент такой государственной регистрации. Сделки, на основании которых указанные лица приобрели

ценные бумаги, не могут быть признаны недействительными в связи с отсутствием государственной регистрации.

Гражданскими юристами подобная правовая норма поименована как своеобразная амнистия сделок с акциями, совершенными в отсутствие государственной регистрации выпуска¹⁰.

Однако указанное нововведение породило ряд вопросов относительно действительности сделок с акциями взглядов не только со стороны теоретиков, но и правоприменителей. В частности, **является ли отсутствие регистрации выпуска акций, размещенных до вступления в силу ФЗ «О рынке ценных бумаг», основанием для вывода о ничтожности совершенных с акциями сделок при условии, что регистрация выпуска на момент рассмотрения спора судом не осуществлена?**

Судебная практика по указанному вопросу противоречивая.

Согласно одной точке зрения любые совершенные до 28.12.2004 г. сделки с ценными бумагами при отсутствии государственной регистрации их выпуска являются действительными в силу прямого указания закона и, соответственно, влекут возникновение у приобретателей ценных бумаг всех вытекающих из обладания ими прав¹¹.

В подтверждение указанной позиции суд сослался на п. 1 и 4 ст. 1 Федерального закона от 10.12.2003 №174-ФЗ. В указанном прецеденте сторона по делу ссылалась на отсутствие государственной регистрации выпуска ценных бумаг на момент разрешения спора (2009 г.), утверждая, что п. 4 ст. 1 Федерального закона от 10.12.2003 №174-ФЗ применяется только при условии регистрации выпуска ценных бумаг до 28.12.2004 г. в порядке, предусмотренном данным законом. Тем не менее суд указанные доводы проигнорировал, при этом, однако, не дав им никакой правовой оценки. Сделки, совершенные до 28.12.2004 г. с акциями, выпуск которых не был зарегистрирован на момент рассмотрения спора, признаны действительными.

Согласно другой точке зрения, в случае если государственная регистрация выпуска акций на момент рассмотрения спора не осуществлена, то сделки, совершенные с данными акциями (в том числе совершенные до 28.12.2004 г.), являются недействительными (ничтожными) на основании ст. 168 ГК РФ.

При этом суды исходят из следующего. Федеральный закон от 10.12.2003 №174-ФЗ предоставляет акционерным обществам возможность зарегистрировать выпуски акций, обращавшихся без государственной регистрации, исключая такое основание для отказа в государственной регистрации как нарушение акционерным обществом – эмитентом требований законодательства РФ о ценных бумагах в части за-

прета на размещение акций до государственной регистрации их выпуска. В соответствии с п. 4 ст. 1 указанного Закона владельцами ценных бумаг, государственная регистрация выпуска которых осуществлена в соответствии с настоящим Федеральным законом, признаются лица, которым ценные бумаги принадлежат **именно** на момент такой государственной регистрации.

Если регистрация выпусков акций на момент рассмотрения спора не произведена, и сделки с акциями совершены до регистрации выпуска акций, то на подобные сделки нельзя распространять действие Федерального закона от 10.12.2003 №174-ФЗ¹².

Таким образом, актуальность исследования рассматриваемого вопроса, думается, бесспорно подтверждается наличием противоположных правовых позиций в рамках суда одного округа.

Представляется, что указанная проблема может быть разрешена следующим образом.

Согласно правовой позиции Высшего арбитражного суда РФ, сформулированной в п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 17.12.2009 №90¹³, применяя п. 4 ст. 1 Федерального закона от 10.12.2003 №174-ФЗ, судам необходимо учитывать, что данная правовая норма *«...распространяется и на случаи государственной регистрации выпусков акций по истечении установленного абзацем вторым части 1 статьи 1 Закона срока»*.

Следовательно, исходя из буквального толкования указанного мнения ВАС РФ, можно предположить, что рассматриваемая правовая норма (п. 4 ст. 1 Федерального закона от 10.12.2003 №174-ФЗ) подлежит применению только в случае государственной регистрации выпуска акций, как исключая такое основание для отказа в регистрации, как нарушение эмитентом требований законодательства РФ о ценных бумагах в части запрета на размещение акций до государственной регистрации их выпуска.

Применение данной позиции позволит также исключить противоречие между положениями, прямо закрепляющими действительность сделок, совершенных до 28.12.2004 г. с акциями, государственный выпуск которых не прошел государственную регистрацию, и правовыми положениями п. 2 ст. 5 Федерального закона «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг», ст. 27.6 Федерального закона «О рынке ценных бумаг».

Кроме того, на сегодняшний день действующим является пункт 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 23.04.2001 г. №63, также устанавливающий ничтожность подобных сделок, что не может не поставить под сомнение изложенное выше мнение Федерального

арбитражного суда Уральского округа, сформулированное в Постановлении от 03.06.2009 г. №Ф09-8016/08-С4.

При таких обстоятельствах при отсутствии государственной регистрации выпуска акций на момент рассмотрения спора судом правовые положения, указанные в п. 4 ст. 1 Федерального закона от 10.12.2003 №174-ФЗ, не подлежат применению. Соответственно, сделки, совершенные с акциями, выпуск которых не прошел государственную регистрацию на момент рассмотрения спора (в том числе сделки, совершенные до 28.12.2004 г.), являются ничтожными. Предлагается указанную позицию зафиксировать легально путем соответствующих корректировок действующего законодательства.

¹ Об утверждении Положения о выпуске и обращении ценных бумаг и фондовых биржах в РСФСР: постановление Правительства РСФСР от 28.12.1991 №78 // СП РФ. 1992. №5. Ст. 26.

² *О правилах* совершения и регистрации сделок с ценными бумагами: письмо Минфина РФ от 06.07.1992 N 53 // Бюллетень нормативных актов. 1992. № 9–10.

³ О Временном положении о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг: постановление ФКЦБФР при Правительстве РФ от 12.07.1995 №3 // Российская газета («Ведомственное приложение»). 18.08.1995. №160.

⁴ О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг: федеральный закон от 05.03.1999 №46-ФЗ // Российская газета. 1999. №46.

⁵ О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О рынке ценных бумаг» и о внесении дополнения в Федеральный закон «О некоммерческих организациях»: федеральный закон от 28.12.2002 №185-ФЗ // Парламентская газета. 2003. №1–2.

⁶ О рынке ценных бумаг: федеральный закон от 22.04.1996 №39-ФЗ // Российская газета. 1996. №79.

⁷ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 23.04.2001 г. № 63 // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ // Российская газета. 1994. №238–239.

⁹ О государственной регистрации выпусков акций, размещенных до вступления в силу Федерального закона «О рынке ценных бумаг без государственной регистрации»: федеральный закон от 10.12.2003 №174-ФЗ // Российская газета. 2003, №253.

¹⁰ См., например: *Шапкина Г.С.* Применение акционерного законодательства // Статут. 2009.

¹¹ Постановление ФАС УО от 03.06.2009 г. № Ф09-8016/08-С4 // СПС «КонсультантПлюс».

¹² Постановление ФАС ВСО от 03.09.2009 по делу №А33-15494/08; Постановление ФАС Уральского округа от 04.08.2005 №Ф09-2436/05-ГК; Постановление ФАС Уральского округа от 29.06.2005 №Ф09-1922/05-С5 // СПС «КонсультантПлюс».

¹³ Постановление Пленума ВАС РФ от 17.12.2009 №90 «О некоторых вопросах практики применения Федерального закона “О государственной регистрации выпусков акций, размещенных до вступления в силу Федерального закона “О рынке ценных бумаг без государственной регистрации”» // СПС «Консультант-Плюс».

П.А. Мазаев

Московская академия экономики и права

**ДЕВЕЛОПЕРСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КАК ОБЪЕКТ
ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ОБОРОТА
КОММЕРЧЕСКОЙ НЕДВИЖИМОСТИ
В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Состояние девелопмента как одного из основных видов деятельности в сфере недвижимости в Российской Федерации на сегодняшний день представляется крайне неоднозначным. Одной из центральных проблем правового регулирования девелопмента, по мнению автора, следует признать неоднозначность содержания понятия «девелоперская деятельность».

На наш взгляд, главными проблемами установления содержания понятия «девелоперская деятельность» являются, с одной стороны, отсутствие некоего набора «уникальных» действий, не осуществляемых иными субъектами отраслей хозяйствования, с другой – консолидированной позиции относительно круга неизменных функций, которые обязан брать на себя девелопер, ведь, как уже упоминалось ранее, в ходе различных проектов обязанности девелоперов могут быть абсолютно разнородными. Из этого следует вывод, что основными отличительными чертами девелоперской деятельности являются не конкретизированный набор функций, но, во-первых, отнесение ее прежде всего к инвестиционной деятельности в сфере недвижимости, во-вторых, исключительно предпринимательский характер, т.е. наличие в качестве основной цели извлечение прибыли, в-третьих, специфичная кауза, которая, по нашему мнению, заключается не только и не столько в увеличении стоимости объектов недвижимого имущества, а скорее в изменении по-

требительских свойств данных объектов, наконец, в-четвертых, комплексность и организационная направленность деятельности с элементами посредничества.

По нашему мнению, формализация понятия девелоперской деятельности может осуществляться двумя путями: либо формулирование дефиниции на основе перечисленных нами выше признаков, либо дополнение перечня свойств девелопмента, что обуславливает некоторое сужение данного понятия, придав ему большую четкость. Оба этих варианта имеют как свои плюсы, так и минусы, и выбор одного из них должен быть продиктован избранием соответствующей политики регулирования девелоперской отрасли в целом. Первый путь формализации предпочтителен в том случае, если законодателем будет принято решение сохранить статус-кво в регулировании девелоперской отрасли, т.е. не принимать специальные нормативы для ее регулирования, а предоставить право ее субъектам развиваться в самостоятельно избранном ими направлении и вести деятельность, опираясь на общие правовые конструкции и общегражданский правовой статус. В таких условиях, думается, и разъяснение на уровне судов высшего звена будут достаточной мерой. Второй – целесообразен при условии принятия принципиального решения о структурировании данного института, ее ограничения от смежных сфер деятельности.

Полагаем, именно последний вариант регулирования отрасли, а следовательно, как частность, ограничение содержания понятия девелоперской деятельности, отвечает интересам и добросовестных профессиональных участников данной сферы предпринимательства, и государства, и конечных потребителей результатов деятельности девелоперов. Данная идея подкреплена следующими аргументами.

В первую очередь необходимо учитывать, что основная масса профессиональных участников инвестиционно-строительной отрасли действует на основании специализированных правовых конструкции и обладают соответствующим статусом. Достаточно вспомнить такие группы субъектов, как застройщики¹, лица, допущенные к инженерным изысканиям, подготовке проектной документации, строительству, реконструкции, капитальному ремонту² и т.д. Что касается правовых конструкций, то здесь можно привести в пример договор участия в долевом строительстве³, договоры инвестиционного подряда и подряда на выполнение проектных и изыскательских работ⁴. Безусловно, политика государства в области регулирования строительной деятельности направлена прежде всего на допуск к работе в данной сфере исключительно лиц, обладающих достаточной для ее ведения компетентностью, материальными и трудовыми ресурсами, и обеспечение отрасли специа-

лизированными правовыми инструментами, необходимыми для соблюдения баланса прав участников данной сферы. Однако девелоперской деятельности, по крайней мере, в настоящий момент эта политика не касается, несмотря на центральную роль девелоперов в процессе инвестирования развития объектов недвижимости. Нельзя не отметить и активизацию в последнее десятилетие законотворческой деятельности, направленной на всестороннее урегулирование отношений, связанных аккумулярованием и распоряжением фондами денежных средств, придание субъектам, управляющим данными фондами, особого статуса (подлежат, в частности, лицензированию деятельность акционерных инвестиционных фондов и управляющих компаний⁵). В свою очередь, девелопер, будучи лицом, ответственным за привлечение, аккумулярование и распределение денежных средств, при реализации инвестиционного проекта, а также за обеспечение прибыли инвесторам соответствующего, статуса не имеет. Таким образом, можно констатировать, что отсутствие должной регламентации девелопмента резонирует с общим подходом законодателя к сферам деятельности, с которыми он непосредственно сопряжен.

Очевидно, что законотворческая политика в инвестиционной и финансовой отраслях, как и в ряде иных областей экономической деятельности, имеет единый вектор. Главной ее целью является, по нашему мнению, создание цивилизованного гражданско-правового оборота, в рамках которого наиболее социально и экономически значимые его сегменты будут заняты специализирующимися на соответствующих видах деятельности субъектами, гарантирующими права их контрагентам, и способными надлежащим образом исполнять возложенные на них функции. Одним из таких сегментов, бесспорно, является сфера правоотношений девелоперов и их контрагентов. Сегодня девелопмент выступает одним из главных двигателей строительной отрасли, которая традиционно считалась социально значимой. Совокупные же объемы финансовых ресурсов, вкладываемых и получаемых от строительной отрасли (отметим, что в 2008 г. в сегменте строительства номинальный объем произведенного ВВП в текущих ценах составил по данным Росстата 2356 млрд руб.⁶), не оставляют сомнений в ее большом экономическом весе.

Таким образом, в рамках данного исследования мы приходим к следующим выводам. Девелоперской деятельностью является квалифицированная инвестиционная деятельность, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус девелопера в порядке, установленном законом о девелоперской деятельности, в ходе которой осуществляется создание, реконструкция, управление, эксплуатация

объектами недвижимости, связанные с их качественным преобразованием и повышением стоимости. Девелоперская деятельность является предпринимательской.

¹ См., напр., Федеральный закон от 17.11.1995 № 169-ФЗ «Об архитектурной деятельности в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. №47. Ст. 4473.

² См. Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 №190-ФЗ // СЗ РФ. 2005. №1 (ч. 1). Гл. 6.1. Ст.16.

³ Федеральный закон от 30.12.2004 №214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. №1 (ч. 1). Ст.40.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (ч. II) от 26.01.1996 №14-ФЗ // СЗ РФ. 1996. №5. Ст. 410.

⁵ Федеральный закон от 29.11.2001 №156-ФЗ «Об инвестиционных фондах» // СЗ РФ. 2001. №49. Ст. 4562.

⁶ Официальный сайт Федеральной службы государственной статистики (www.gks.ru).

Т.Н. Малая

Северный (Арктический) федеральный университет

РАСПРЕДЕЛЕНИЕ БРЕМЕНИ СОДЕРЖАНИЯ ЛЕСОВ ПО РОССИЙСКОМУ И ЗАРУБЕЖНОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ

Леса России являются одним из важнейших возобновляемых природных ресурсов, выполняющих климаторегулирующие, защитные, оздоровительные, рекреационные и иные экологические функции. Реальная возобновляемость лесов во многом зависит как от правильной организации их использования, так и от своевременного принятия необходимых мер по их охране. В этой связи важно определить субъекты, обязанные нести бремя расходов, связанных с их содержанием, так как этого требует сохранность любого объекта собственности.

Правовой режим природных ресурсов как объектов собственности определяется не только лесным, земельным, иным природоресурсовым, но и гражданским законодательством. Согласно ст. 210 ГК РФ, если иное не предусмотрено законом или договором, бремя содержания

© Малая Т.Н., 2010

имущества, в том числе и такого специфического, как объекты природы, несет собственник.

Разными словами и с разной степенью детализации, но в законах многих государств также говорится о необходимости несения бремени содержания своего имущества. Примечательно в этом отношении законодательство Латвии¹ и Грузии², в котором закрепление обязанностей по содержанию осуществляется с учетом режима различных групп имущества.

В ст. 9 Конституции Российской Федерации сказано о возможности нахождения природных ресурсов не только в государственной, но и в иных формах собственности. Однако, внимательное изучение действующего лесного законодательства позволяет усомниться в том, что в ближайшее время в России могут появиться муниципальные леса, так как никаких критериев для разграничения лесов на государственные и муниципальные ни в лесном, ни в ином законодательстве не содержится.

Возникновение права частной собственности на лесные участки в ближайшее время также маловероятно, потому что отсутствуют нормы о приватизации лесов. Поэтому появление частных лесов возможно лишь путем их выращивания на землях тех категорий, которые можно использовать с этой целью или которые переведены в земли соответствующей категории. Эта процедура займет много времени, поэтому пока леса в России – федеральные, но значительная часть прав и обязанностей по их использованию и защите переданы в ведение субъектов Российской Федерации.

В отличие от России в Латвии, Норвегии, Швеции, Финляндии и ряде других государств реально существуют леса, находящиеся как в публичной собственности, так и частной. Возможно, поэтому закрепление обязанности по обеспечению сохранности лесов и их использованию в этих государствах имеет свою специфику.

Так, например, в разд. 9 Закона о лесном хозяйстве Норвегии установлена обязанность Муниципалитета принять необходимые профилактические меры, в том числе дать указания владельцам лесов в случаях, когда есть опасность того, что обширные лесные районы могут быть повреждены нападением насекомых или грибков. В названных случаях Министерство вправе будет издавать дополнительные правила, касающиеся указанных мер и того, как должны быть покрыты расходы. Более того, в соответствии с разд. 19 этого же Закона Министерство может издавать правила, касающиеся распределения и условий выделе-

ния субсидий для производственных и природоохранных мероприятий в лесу³.

Законом Финляндии о финансировании устойчивого лесного хозяйства⁴ также устанавливается возможность финансирования мер, направленных на устойчивое управление и использование лесов. Оно осуществляется за счет ежегодных ассигнований, включенных в государственный бюджет в виде помощи или путем предоставления кредитов. Согласно разд. 2 этого Закона частным владельцам лесов финансирование предоставляется по их заявлению или по ходатайству других лиц при условии, что выделенные средства будут направлены на поддержание устойчивого управления частными лесами. Более того, финансирование, предоставленное частному владельцу, могут получать и арендаторы, и иные пользователи лесных участков.

Здесь же определены типы работ, которые подлежат финансированию, в числе которых – восстановление лесов, уход за молодыми насаждениями, строительство лесных дорог. Все эти виды работ должны быть направлены на обеспечение устойчивости производства древесины и поддержание жизнеспособности лесов. Предоставление помощи может осуществляться не только в виде денежных средств, но и в форме помощи по уходу за молодыми насаждениями, что обеспечивается за счет привлечения безработных (разд. 11 Закона). Во всех случаях государство осуществляет жесткий контроль за целевым расходованием выделенных средств.

В «Концепции развития лесного хозяйства Российской Федерации до 2010 года» в качестве одной из основных задач предусмотрено стимулирование привлечения инвестиций в освоение лесов, а также обеспечение дальнейшего совершенствования и развития рыночных отношений в области использования, охраны, защиты и воспроизводства лесов.

В отличие от зарубежного российский законодатель, одновременно представляющий федерального собственника, стремится снять с себя бремя содержания своих лесов и в значительной мере переложить его на арендаторов и иных лесопользователей. Это хорошо видно при анализе норм подзаконных нормативных правовых актов, принятых в развитие норм Лесного кодекса РФ.

¹ Гражданский кодекс Латвийской Республики: введен в действие с 1992 года. СПб.: Юридический центр Пресс, 2001.

² Гражданский кодекс Грузии. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002.

³ Act relating to forestry [Forestry Act] of Norway. [Электронный ресурс]: URL: <http://www.ub.uio.no/cgi-bin/ujur/ulov/sok.cgi>.

⁴ Act on the Financing of Sustainable Forestry. [Электронный ресурс]. URL: [http://www.finlex.fi.en.lakv.kaannokset.1996.en19961094](http://www.finlex.fi/en.lakv.kaannokset.1996.en19961094).

А.Г. Матвеев

Пермский государственный университет

ПРИРОДА ПРАВА МУЗЕЕВ НА ПУБЛИКАЦИЮ МУЗЕЙНЫХ ПРЕДМЕТОВ И МУЗЕЙНЫХ КОЛЛЕКЦИЙ В КОНТЕКСТЕ РАСШИРЕНИЯ КРУГА СМЕЖНЫХ ПРАВ¹

Статья 36 Федерального закона от 26 мая 1996 г. №54-ФЗ «О музейном фонде Российской Федерации и о музеях в Российской Федерации» наделяет музеи рядом правомочий, касающихся первой публикации музейных предметов и музейных коллекций, использования в коммерческих целях воспроизведений музейных предметов и музейных коллекций, производства изобразительной, печатной, сувенирной и другой тиражированной продукции и товаров народного потребления с использованием изображений музейных предметов и музейных коллекций, зданий музеев, объектов, расположенных на территориях музеев, а также с использованием их названий и символики. Указанная статья оставляет открытыми следующие вопросы:

1. Допустима ли уступка права первой публикации музейных предметов и музейных коллекций, включенных в состав Музейного фонда Российской Федерации и находящихся в музеях в Российской Федерации?

2. Возможна ли безвозмездная передача музеем прав на использование в коммерческих целях воспроизведений музейных предметов и музейных коллекций?

3. Является ли воспроизведением музейных предметов и коллекций их использование в Интернет и иных компьютерных сетях?

4. Какова природа (административно- или гражданско-правовая) разрешения дирекции музеев на производство изобразительной, печатной, сувенирной и другой тиражированной продукции и товаров народ-

© Матвеев А.Г., 2010

¹ Исследование выполнено при поддержке РГНФ, грант №10-03-00159а.

ного потребления с использованием изображений музейных предметов и коллекций?

Анализ рассматриваемого закона показывает, что он крайне скупко регламентирует отношения по публикации музейных предметов и коллекций. Кроме того, не совсем ясно: можно ли здесь применять по аналогии нормы гражданского законодательства? Дело в том, что законодательство Российской Федерации о Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации состоит из Конституции РФ, Основ законодательства РФ о культуре, настоящего Федерального закона, принимаемых в соответствии с ним федеральных законов и иных нормативных правовых актов РФ, законов и иных нормативных правовых актов субъектов РФ (ст. 2), т.е. находится в совместном ведении РФ и субъектов РФ (ст. 72 Конституции РФ). Гражданское законодательство же находится в ведении РФ (ст. 71 Конституции). Следовательно, либо отношения по публикации музейных предметов и коллекций не являются гражданско-правовыми (что сомнительно), либо эти отношения не могут регулироваться субъектами РФ.

Представляется, что право на первую публикацию музейных предметов и коллекций (п. 1 ст. 36), право на использование в коммерческих целях воспроизведений музейных предметов и музейных коллекций (п. 2 ст. 36), право на производство изобразительной, печатной, сувенирной и другой тиражированной продукции и товаров народного потребления с использованием изображений музейных предметов и музейных коллекций (п. 3 ст. 36) по своей природе являются смежными правами, принадлежащими музеям. Поэтому здесь возможно применение по аналогии закона положений гл. 69 и 1 гл. 71 ГК РФ, что, впрочем, не умаляет важности задачи по обеспечению четкой регламентации этих прав, особенно в условиях информационного общества, когда опасность разграбления музейных фондов со стороны производителей продуктов мультимедиа и различных сувениров достаточно велика. Исходя из сказанного, правильным было бы включить указанные права музеев в гл. 71 ГК РФ в качестве самостоятельного вида смежных прав.

Аргументом в пользу данного предложения является тенденция расширения круга смежных прав по российскому праву. Так, с 1 января 2008 г. появились такие права данной категории, как право изготовителя базы данных (§5 гл. 71 ГК РФ) и право публикатора на произведения науки, литературы или искусства (§6 гл. 71 ГК РФ). В 1961 г., когда была принята Римская конвенция об охране прав артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций – первый и главный международный акт в сфере смежных прав, этими правами могли обладать только три группы субъектов: артисты-исполнители,

производители фонограмм и вещательные организации. Такой же круг обладателей смежных прав был представлен в Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах», утратившим силу с 1 января 2008 г.

Обоснованием расширения круга смежных прав является возврат инвестиций, вложенных в определенный проект, а не охрана интересов лиц, занимающихся художественным творчеством. Представляется, что такая наблюдаемая сегодня инфляция исключительных прав этого рода, во-первых, является повсеместной, а, во-вторых, в будущем только усилится, что, возможно, приведет к тотальному зарегулированию отношений по исполнению произведений искусства и, возможно, к недопустимому ограничению прав на информацию и доступ к культурным ценностям. Положительным эффектом экспансии смежных прав является то, что их применение позволяет находить адекватные решения в регулировании отношений в сфере искусства, не ставя под угрозу целостность авторского права. При построении системы разнородных смежных прав было бы разумно отказаться от идеи, что эти права очень тесно связаны с авторским правом и что они непременно производны от него.

Г.А. Микрюкова

Московская государственная юридическая академия

ПОНЯТИЕ И ВИДЫ ЗАМЕНЫ ИСПОЛНЕНИЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

1. В силу принципа надлежащего исполнения обязательства (ст. 309 ГК РФ) должник обязан совершить в пользу кредитора именно то действие, которое составляет объект данного обязательства, и именно в отношении того блага, которое представляет предмет его исполнения. Отступление от этого правила возможно только при соблюдении другого принципа исполнения обязательств – принципа стабильности обязательства, который предполагает недопустимость одностороннего отказа от исполнения обязательства и одностороннего изменения его условий, если иное не предусмотрено законом (ст. 310 ГК РФ).

Одним из допускаемых законом отступлений от надлежащего исполнения обязательства является так называемая замена исполнения, при которой с согласия кредитора должник совершает иное действие вместо предусмотренного обязательством либо предоставляет кредито-

ру иной предмет исполнения. Термин «замена исполнения» в действующем гражданском законодательстве не употребляется, но нормы, регулирующие охватываемые этим понятием механизмы, имеются.

В основе правомерной замены исполнения лежат соглашения сторон обязательства. Такие соглашения могут быть разделены на три основных вида: 1) направленные на прекращение обязательства (соглашения об отступном) (ст. 309 ГК РФ); 2) направленные на создание нового обязательства взамен первоначального (новационные соглашения) (ст. 414 ГК РФ); 3) направленные на изменение отдельных условий обязательства при его сохранении в целом (соглашения о замене исполнения в узком смысле) (ст. 452, 453 ГК РФ).

2. Соглашение об отступном на определенное время (на срок выполнения заменяющего ранее обусловленное действие или передачи заменяющего предмета исполнения) превращает однообъектное обязательство в альтернативное, в силу которого должник обязан совершить в пользу кредитора на свой выбор либо первоначально предусмотренное сторонами действие, либо действие, установленное соглашением об отступном, а кредитор обязан принять любое из предложенных должником исполнений. Особенность такой временной альтернативности обязательства заключается в том, что в этот период (до истечения срока для замены исполнения) кредитор не вправе требовать ни ранее обусловленного, ни заменяющего исполнения. Требование первого противоречит соглашению об отступном, как дающему должнику право на замену исполнения, а требование заменяющего действия исключается отсутствием направленности соглашения об отступном на создание у должника новой обязанности. По окончании срока предоставления отступного не прекратившееся заменой исполнения обязательство утрачивает альтернативность и принимает свой прежний вид. При этом срок, в течение которого должник был вправе заменить исполнение в силу соглашения об отступном, но не воспользовался этим правом, не подлежит исключению из общего срока просрочки должника.

3. Обязательными условиями признания соглашения новационным закон называет договоренность сторон о замене первоначального обязательства между ними другим обязательством с их участием, предусматривающим иной предмет или способ исполнения. Из этого следует, что применительно к новации замена исполнения (в широком смысле) означает не только совершение другого действия или предоставление иного предмета исполнения вместо ранее согласованных, но и их осуществление в рамках и во исполнение другого обязательства, заменившего прекращенное.

4. Скупость посвященных новации норм порождает проблему отграничения новационного соглашения от договоренности об изменении условий обязательства, не порождающей его прекращения и создания нового обязательственного правоотношения. Различение указанных соглашений обладает практической значимостью, предопределяя предмет права требования кредитора, размер санкций за нарушение условий обязательства до заключения соответствующего соглашения, судьбу дополнительных (в том числе обеспечительных) обязательств.

В судебной практике формулировка закона об изменении новационным соглашением предмета или способа исполнения обязательства толкуется по-разному, зачастую подменяется выражениями «изменение характера правовой связи», «изменение вида (типа) обязательства». Но главным обстоятельством, которое, с позиции Президиума ВАС РФ, надлежит устанавливать суду при определении природы соглашения о замене исполнения, является направленность воли сторон на замену одного обязательства другим. Поэтому суды нередко квалифицируют договоры, по которым стороны выразили намерение прекратить два или более кредитных обязательства, установив общий сводный размер долга и срок его погашения, в качестве новационных, несмотря на сохранение прежнего предмета и способа исполнения.

Представляется, что в силу принципа свободы договора любому изменению обязательства по соглашению сторон явно выраженной волей сторон может быть придано значение новации, и только в случае сомнения в действительных намерениях сторон прекратить прежнее обязательство созданием нового соглашения о пересмотре условий исполнения должны признаваться лишь изменяющими сохраняющееся первоначальное обязательство. В число последних соглашений входит и договоренность о замене исполнения (в узком смысле).

Исключение из признаков новации условия об изменении предмета или способа исполнения первоначального обязательства приведет к тому, что не любой новационный договор будет порождать замену исполнения.

5. Замена исполнения (в узком смысле) должна презюмироваться правомерной только при наличии добровольного и испрошенного заранее согласия кредитора. Вынужденное принятие кредитором заменяющего исполнения с целью минимизации убытков не свидетельствует о надлежащем исполнении и оставляет за кредитором право на взыскание установленных законом и договором санкций.

6. Для совершенствования правового регулирования замены исполнения и обеспечения единообразия судебной практики предлагается внести изменения в действующее законодательство: предусмотреть ука-

занные выше последствия заключения соглашения об отступном, действующие до предоставления отступного, а также наступающие после окончания срока для предоставления отступного; признать новационным письменный договор о прекращении обязательства с созданием вместо него нового между теми же лицами; ввести понятие вынужденного принятия заменяющего исполнения, и установить его последствия.

А.В. Минбалеев

Южно-Уральский государственный университет

ОПЫТ РЕГУЛИРОВАНИЯ СКРЫТОЙ РЕКЛАМЫ В ДАНИИ

Одной из наименее решенных проблем современного рекламного законодательства России является вопрос о признании тех или иных сообщений в качестве скрытой рекламы. Согласно сложившейся практике антимонопольных органов в качестве такой рекламы в основном рассматриваются случаи использования эффекта 25 кадра или метода двойной звукозаписи. В то же время вариаций скрытой рекламы на практике встречается огромное множество.

Анализ опыта зарубежных стран показывает, что скрытая реклама является одной из самых серьезных проблем рекламной сферы, и ее распространение ограничивается законодательно. Пример эффективного противодействия различным проявлениям скрытой рекламе мы наблюдаем в Дании, система регулирования и контроля за рекламой в которой имеет много общих черт с Россией.

Нормы о скрытой рекламе содержатся как в специализированном Законе Дании о маркетинговой деятельности, так и в других законах, руководствах Омбудсмана по делам защиты прав потребителей, рекомендациях ряда Советов (Совет по прессе, Совет по телевидению и радиовещанию и др.), этических правилах. В отношении других ненадлежащих видов рекламы нормы в основном содержатся в Законе о маркетинговой деятельности. В отношении скрытой рекламы (*skjult reklame*) устанавливается ряд специальных правил. Рекламное объявление должно быть распространено таким образом, чтобы оно было воспринято как реклама (рекламное объявление) независимо от его формы, носителя и времени распространения. В противном случае объявление будет рас-

смотрено согласно §4 Закона о маркетинговой деятельности как скрытая реклама и признается правонарушением. Распространение скрытой рекламы наказываются штрафом, если более суровое наказание не предусмотрено другими законодательными актами в соответствии с п. 3 §30 Закона о маркетинговой деятельности.

Скрытая реклама может быть признана таковой независимо от того, где она распространена – в газетах, журналах, на телевидении, радио, Интернет, в фильмах, а также независимо от продукта или услуги рекламирования и от того, направлена реклама на потребителя или продавца. В скрытой рекламе не обязательно указание на рекламодателя. Она может проявляться в указании названия товара, логотипа или товарного знака. На практике в Дании были случаи, когда скрытой рекламой признавались объявления с изображением знаменитого персонажа рекламы, который уже участвовал ранее в обычной рекламе этого же товара.

Закон о маркетинговой деятельности, требующий идентификации рекламы, в то же время не препятствует использованию особого вида рекламы – «tease» («дразнилки»), т.е. рекламы, раскрывающейся постепенно, по частям, в которой отдельные рисунки, объекты, цветовая гамма, слово или фраза являются частью рекламной кампании.

Кроме общего положения, нормы о скрытой рекламе содержатся и в других статьях Закона о маркетинговой деятельности. Так, в отношении рекламы, направленной на детей и подростков, п. 1 §8 Закона о маркетинговой деятельности устанавливает, что маркетинговые стратегии должны разрабатываться с особым вниманием к детям и подросткам в силу их природной доверчивости и отсутствия опыта критического осмысления и на них легко влиять в самой простой форме. В качестве скрытой рекламы рассматриваются и регулируются п. 1 и 3 §3 Закона о маркетинговой деятельности ложные, вводящие в заблуждение или необоснованно неполные записи, которые могут повлиять на спрос или предложение товаров, недвижимости и другого имущества, работ и услуг. За данный вид правонарушений в отношении рекламодателей устанавливается уголовная ответственность по §296 или 297 Уголовного кодекса Дании.

Специальные нормы устанавливаются в отношении ответственности СМИ и редакторов СМИ за скрытую рекламу. Так, §27 Закона Дании об ответственности СМИ предусматривает, что ответственность за содержание рекламы в соответствии с общими положениями действующего законодательства несет любое лицо, распространившее

(предоставившее) ее, а также любое лицо, которое оказывает помощь в этом. Согласно п. 2 §27 редактор также будет нести ответственность за содержание рекламных объявлений в соответствии с общими положениями действующего законодательства.

В качестве скрытой рекламы рассматриваются и заказные коммерческие статьи в газетах и журналах. Данные действия подпадают под п. 1 §34 Закона об ответственности СМИ, поскольку являются нарушением правил профессиональной этики прессы. Проявлением такой скрытой рекламы будет отсутствие в статье отметки «реклама». Омбудсмен по делам защиты прав потребителей указывает в своих рекомендациях, что слово «реклама» должно быть обозначено ясно и отчетливо, чтобы покупатель не мог не видеть его. Нарушением будет использование мелкого шрифта, расположение этого слова в незаметном месте в углу или на цветном фоне, который делает его незаметным для читателя. Если такая статья располагается на нескольких страницах, то отметка должна быть на каждой. Скрытой рекламой признаются и проводимые в газетах и журналах акции тех или иных компаний, когда покупателям предлагают заполнить анкеты и отправить для участия в тех или иных конкурсах. Подобные акции также должны сопровождаться отметкой «реклама». Омбудсмен по делам защиты прав потребителей в отношении акции в журнале мод Modeblad указал, что недостаточно даже указания того, что акция направлена на продвижение товара (в журнале указывалось о «раскрутке» краски для волос).

Запрет на скрытую рекламу на телевидении и радио содержится в §72 Закона о теле- и радиовещании. В частности, устанавливается, что реклама на радио и телевидении должна быть четко определена в качестве рекламы и по своей форме и содержанию должна отличаться от обычных программ. Спонсируемые программы должны быть четко определены по названию спонсора или товарному знаку (логотипу), которые указываются в начале, в конце или в обоих случаях согласно §80 Закона о теле- и радиовещании.

В Дании распространена практика заключения соглашения между компанией и потребителем о имиджевом повседневном использовании конкретной продукции. Знаменитостям компании специально дарят фирменные товары (одежду, ювелирные изделия, часы, автомобили и т.п.) в обмен на использование ими этих товаров на публике. Многие знаменитости заключают специальные соглашения на рекламу товара. В отношении обычных людей компания предлагает приобрести товар по выгодной цене в обмен на ежедневное использование товара в кругу

семьи, друзей, на работе. Приобретая такой товар, человек получает подробную инструкцию, как ему необходимо себя вести. Также скрытой рекламой будут признаны случаи использования несовершеннолетних для привлечения их к распространению товаров (напитки, конфеты, одежда, игрушки, музыка, телефоны и т.п.) в молодежной среде (п. 1 §8 Закона о маркетинговой деятельности, Руководство Омбудсмана по делам защиты прав потребителей «Дети, подростки и маркетинг»). Рассмотренные выше формы скрытой рекламы являются далеко не полными.

Опыт Дании свидетельствует о том, что в современном российском рекламном законодательстве и правоприменительной практике антимонопольных органов не учитываются очень многие проявления скрытой рекламы, которые либо уже активно используются, либо только внедряются. В связи с этим необходимо дальнейшее совершенствование рекламного законодательства и контроля за его соблюдением.

И.Ю. Мирских

Пермский государственный университет

О КОЛЛИЗИЯХ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО И РОССИЙСКОГО ПРАВА В СФЕРЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ И ОХРАНЫ РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Часть четвертая Гражданского кодекса Российской Федерации, посвященная правовому регулированию прав интеллектуальной собственности вступила в силу в 2008 г. Это первая попытка кодификации в сфере интеллектуальной собственности в России.

Основная проблема Гражданского кодекса (части четвертой) заключается в том, что многие нормы противоречат нормам международного права (например, посвященным защите изобретений, произведений, идей, ноу-хау, торговых секретов, инноваций). Ряд положений противоречит Соглашению ТРИПС, договорам ВОИС, директивам ЕС, что говорит о необходимости дальнейшего совершенствования ГК в целом и его четвертой части в частности.

Несмотря на широкое распространение термина «интеллектуальная собственность», в юридической науке до сих пор идут дискуссии

о целесообразности его применения, не выработано четкого определения понятия «интеллектуальная собственность», равно как и не установлены четкие критерии отнесения объектов к интеллектуальной собственности.

Проблема заключается и в различном понимании термина «интеллектуальная собственность» в РФ и за рубежом. Так в соответствии с нормами ГК РФ интеллектуальной собственностью признаются результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации. Это противоречит традиционному для мировой практики и норм международного права восприятию интеллектуальной собственности как совокупности прав на результаты интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. Это также противоречит положениям Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС) от 14 июля 1967 г. Согласно ст. 15 Конституции РФ и ст. 7 ГК РФ нормы международных договоров, ратифицированные РФ имеют приоритет перед правилами, предусмотренным российским законодательством.

Применение результатов интеллектуальной деятельности является основой инновационного процесса и стимулирует научно-технический прогресс.

Интеллектуальные права интернациональны по своей природе и их роль заметно возрастает в условиях глобализации.

Интеллектуальные права (ранее права интеллектуальной собственности) защищают инновации и создания человеческого разума. Интеллектуальные права являются интернациональными по природе и отражают экономическую реальность мировой экономики. Интеллектуальные права приводят к возникновению особого рода монополии. Она обеспечивает доступ различных хозяйственных единиц к изобретениям, промышленным образцам и другим результатам технического и художественного творчества, что способствует экономическому развитию общества. В то же время монополия сдерживает конкуренцию, уменьшает выбор потребителей и т.д. Один из важных вопросов, которые возникают при рассмотрении интеллектуальных прав, состоит в том, каким образом эта законодательно установленная монополия, в частности, в виде исключительного права соотносится с идеалами свободной рыночной экономики и свободной конкуренции.

Еще одной серьезной проблемой, которая нуждается в разрешении, является создание оптимальной процедуры патентования изобретений.

Изобретатели предпочитают не патентовать свои изобретения, поскольку это очень сложная и дорогая процедура, требующая большо-

го количества времени. По указанным причинам изобретатели пытаются защитить свои изобретения как идеи, ноу-хау, конфиденциальную информацию.

Идея является основным элементом любого объекта интеллектуальной собственности (произведения, изобретения, инновации, ноу-хау и т.п.). Но идеи не защищаются нормами Гражданского кодекса Российской Федерации, что противоречит нормам и принципам международного права. Идеи автора, выраженные в объективной форме, воплощаются в различных материальных и нематериальных объектах, которым предоставляется правовая охрана, однако законодательство в сфере рационального использования и оптимальной защиты результатов интеллектуальной деятельности требует совершенствования и изменения с учетом требований рыночной экономики.

Производству любого вещественного товара предшествует создание идеи, знаний о нем. В российском законодательстве давно назрела проблема охраны самого обобщенного вида интеллектуальной собственности – идеи. За рубежом идея играет роль общего структурного элемента любого объекта интеллектуальной собственности.

Охрана идей требует создания принципов и норм, более жестких, чем те, которые существуют в действующей ч. 4 Гражданского кодекса РФ.

В отношении ноу-хау также возникает ряд вопросов, т.к. соответствующие нормы ГК РФ противоречат нормам международного права. Так, в ст. 1465 ГК РФ перечисляются отдельные виды сведений, которые признаются секретами производства (результаты интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, способы осуществления профессиональной деятельности). Однако перечень сведений оставлен в ГК РФ открытым и исчерпывающим не является. По этой причине к ноу-хау может быть отнесены не только технические секреты, но и практически любая информация, удовлетворяющая соответствующим условиям.

Подобная позиция законодателя не соответствует пониманию ноу-хау в общемировой практике и, безусловно, может вызвать множество недоразумений и спорных ситуаций. В настоящее время о ноу-хау упоминается более чем в 180 международных соглашениях и изменение в определении термина может повлечь проблемы с их толкованием.

Стоит также отметить, что в практике арбитражных судов Российской Федерации секреты производства понимаются как сведения технического характера. Термин «ноу-хау», как правило, применяется к технической и иной информации, необходимой для производства како-

го-либо изделия, к техническим решениям, выполненным на уровне изобретения, которые по какой-либо причине не были запатентованы.

Думается, что для устранения противоречий между общемировым пониманием ноу-хау как технических секретов, и значительно более широким его пониманием, предусмотренным ГК РФ, необходимо внести соответствующие изменения в ГК РФ.

Кроме того, необходимы организация легального использования и обеспечение оптимальной защиты интеллектуальных прав и интеллектуальной собственности в условиях современных телекоммуникационных и компьютерных технологий, становления информационного общества, развитие отечественного законодательства и международного регулирования с учетом новых высокотехнологичных способов использования интеллектуальной собственности.

Н.С. Михайлова

Пермский государственный университет

ОХРАНА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ НА МУЗЫКАЛЬНОЕ ПРОИЗВЕДЕНИЕ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ США

В США шоу-бизнес является предметом особого внимания законодателя. Одним из необходимых аспектов надлежащего развития данной сферы является охрана интеллектуальных прав авторов, композиторов, исполнителей и т.д. Большинство авторов, занимающихся проблемой защиты интеллектуальных прав, указывают на то, что музыкальная индустрия побуждает законодателя вводить меры по отношению к нарушителям авторских прав¹.

Как и в большинстве стран в США законодательство об авторских правах начинало свое развитие в конце XVIII – начале XIX вв. Согласно ст. 1 §8 Конституции США Конгресс уполномочен содействовать прогрессу науки и искусства путем предоставления гарантии авторам и изобретателям исключительного права на их произведения и изобретения. С целью реализации существующего конституционного положения в 1790 г. был принят Закон США «Об авторском праве». В этот акт были внесены коррективы Законом «Об изменении и консолидации актов в области авторского права» от 4 марта 1909 г.² Необходимо отметить, что США в данном случае разработали свое собственное

законодательство об интеллектуальных правах без учета международных норм, так как уклонилось от подписания Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г.

Принятый Закон 1909 г. гарантировал автору право на печать, публикацию, копирование и продажу произведения, публичное воспроизведение и исполнение произведения с целью извлечения прибыли, создание аранжировок произведения в любой системе нотного письма или записи, репродуцирование его в любой манере или любым способом. Автор неопубликованного произведения имел право на защиту от копирования, публикаций или иного использования такого произведения без его согласия и, в случае нарушения данных положений, право на предъявление иска о возмещении убытков (§1, 2 Закона). Одной из особенностей этого закона было закрепление обязанности регистрации произведения, которая, в свою очередь, и приводила к возникновению авторских прав (отмена обязательной регистрации произошла только в 1989 г., когда США присоединилось к Бернской конвенции). Закон 1909 г. не рассматривал звукозапись в качестве объекта интеллектуальных прав³. Более того, закрепленное этим актом обязательное лицензирование позволяло производить фонограмму музыкальных произведений с последующей публичной продажей просто путем уведомления автора о намерении использования произведения в целях извлечения прибыли. Автор в этом случае мог потребовать два цента за каждую изготовленную единицу, а изготовитель должен был под присягой 20-го числа каждого месяца давать отчет о количестве изготовленных единиц за предыдущий месяц (§1(c)). Если все данные требования выполнялись, то автор не мог помешать использованию музыкальных произведений⁴. Закон 1909 г. защищал авторские права иностранных граждан, если они являлись гражданами тех стран, которые гарантировали такой же вид защиты для граждан США, или когда авторы проживали в пределах США во время первого выхода в свет своих произведений (§9 (a,b)). В случае нарушения авторских прав автор музыкального произведения имел право на возмещение «на месте» фактических убытков (реальный ущерб и упущенную выгоду). Сумма возмещения определялась судом в пределах норм, указанных в законе для различных видов нарушения авторских прав (ст. 101 Закона).

Закон 1909 г. был изменен несколько раз и заменен Законом 1976 г. Согласно положениям Закона 1976 г. фонограмма стала рассматриваться как самостоятельный объект интеллектуальных прав. В соответствии с §102 Закона авторские права возникают на оригинальное произведение, зафиксированное в любой уязвимой среде выражения,

известной или которая появится в будущем, откуда они могут быть извлечены, репродуцированы или каким-либо другим способом переданы или напрямую, или с помощью приборов⁵. Музыкальное произведение – это идея, зафиксированная на бумаге. Фонограмма же является исполнением сочинения, зафиксированного на диске, магнитной ленте и т.д.⁶. Определение фонограммы как отдельной категории защиты интеллектуальных прав гарантировало звукозаписывающим компаниям их права на репродукцию, распространение, публичное исполнение средствами цифровой передачи. Постепенно Закон 1976 г. воспринял положения Бернской конвенции в целом, хотя США присоединилось к конвенции только 1 марта 1989 г.

Формирование собственного законодательства в сфере интеллектуальных прав, восприятие положений Бернской конвенции предоставило возможность музыкантам, звукозаписывающим компаниям эффективно защищать свои права в суде. Несмотря на то что в других странах суды достаточно часто рассматривают иски о защите авторских прав, именно дела, рассмотренные судами США, являются основным предметом обсуждения в течение семинаров по правоприменению законодательства об интеллектуальной собственности, проводимых ВОИС⁷.

Наиболее часто встречаемые судебные дела в музыкальной индустрии США – о плагиате. Плагиат характеризуется присвоением чужого произведения или незаконным заимствованием авторского текста, форм передачи образов и пр.⁸. При предъявлении подобных исков истец должен доказывать наличие авторского права, существенную степень схожести между двумя произведениями и копирование произведения ответчиком⁹. Поэтому судебные дела о плагиате можно отнести к категории наиболее сложных среди других дел о нарушении авторских прав, поскольку отсутствует четкий критерий определения того, имело ли место заимствование из одного произведения в другом¹⁰. Так, в деле «Фэнтези Инк. Против Фогерти» суд отказал в иске так как не установил существенной схожести между спорными песнями¹¹. Иной вывод о сходстве песен был сделан при рассмотрении известного дела «Брайт Тьюнз Мьюзик Корп. против Харрисон Мьюзик Лтд». Истцом в этом случае выступила компания, обладавшая правами на песню «He`s so fine» (Он так прекрасен), сочиненной американским композитором Рональдом Мак и записанной группой «Чиффонз», ответчиком был автор песни «My sweet Lord» (Мой дорогой господин), исполняемой Джорджем Харрисоном. Истец подал иск о нарушении авторского права, заявив, что мелодия песни «My sweet Lord» Джорджа Харрисона идентична мелодии песни «He`s so fine», различны только слова. Суд установил, что песня «He`s so fine» состояла из двух музыкальных фраз,

которые сами по себе были достаточно распространены, но их комбинация является уникальной. В песне Джорджа Харрисона «My sweet Lord» были использованы те же фрагменты, в том же сочетании. Суд в решении указал, что: «совершенно очевидно... что две песни фактически идентичны, за исключением одной музыкальной фразы»¹². Поэтому новая песня не является оригинальным произведением, а явилась плагиатом со стороны Джорджа Харрисона.

Одним из важных выводов, сделанных судом при разрешении данного спора, являлся также вывод о том, что поскольку законодательство США об авторском праве не содержит в качестве обязательного признака плагиата преднамеренность и наличие умысла со стороны правонарушителя, то и не требуется доказывать определенную форму вины при установлении факта плагиата¹³.

Однако существенная схожесть двух музыкальных произведений не означает автоматически, что автор второго произведения – правонарушитель. В деле Сель против Гиббс истец, Рональд Сель, житель штата Иллинойс, США предъявил иск о нарушении авторских прав к братьям Гиббс, входящим в австралийскую группу «Би Джи», и к двум звукозаписывающим компаниям¹⁴. Р.Сель заявил, что в 1975 г. он написал песню «Let it End» (Давай покончим с этим) и в этом же году зарегистрировал авторское право на нее. Он исполнял эту песню со своей маленькой группой на местных площадках, позднее безуспешно пытался записать песню у 11 звукозаписывающих компаний. В 1978 г. Р. Сель обнаружил, что часть его песни с другими словами и под другим названием «How Deep is Your Love» (Как глубока твоя любовь) была включена в саундтрек знаменитого фильма «Лихорадка субботней ночи». Истец заявил, что группа «Би Джиз» незаконно скопировала его песню и что музыкальные компании записали и незаконно распространили копии саундтрека. В поддержку своего заявления Р.Сель представил сравнительный анализ мелодий обеих песен от профессора музыки. В экспертном заключении было указано, что две песни были потрясающе похожими и не могли быть самостоятельно созданы¹⁵. Однако и районный, и апелляционный суд вынесли решение в пользу ответчиков. Прежде всего, они указали на то, что спорные музыкальные произведения действительно потрясающе похожи. Но точно так же схожи между собой такие музыкальные произведения, как песня «From Me to You» (От меня к тебе) Д. Леннона и П. Маккартни, 5-я симфония Бетховена и сочинение Б.Гиббса «Play down» (Играй потише). Поэтому истец, предъявляя иск, должен доказать, что ответчик имел доступ к оригинальному музыкальному произведению и незаконно скопировал его¹⁶. При рассмотрении иска Р.Селя группа «Би Джиз» представили рабочую

магнитную ленту, показывая процесс создания своей песни, а также вызвали в суд свидетелей – музыкантов, которые работали с группой. Оценив представленные доказательства, суд сделал вывод: ответчики до сочинения своей песни никогда не слышали об истце или его музыке. Поэтому песня «How Deep is Your Love» была признана самостоятельным, оригинальным произведением¹⁷. Стоит отметить, что в деле «Брайт Тьюнз Мьюзик Корп. против Харрисон Мьюзик Лтд» вопрос о доступе также обсуждался и было установлено, что песня, права на которую принадлежат истцу, была очень успешна в США и хорошо известной в Англии. Поэтому Джордж Харрисон должен был слышать ее, что не отрицалось и ответчиком¹⁸.

Таким образом, судебной практикой США были выработаны признаки, характеризующие такой вид нарушения авторских прав, как плагиат. Во-первых, потерпевший должен доказать законность своего авторства (до 1989 г. это означало в США наличие регистрации авторского права). Во-вторых, должен быть доказан факт незаконного «копирования» защищенного произведения. Поскольку прямые доказательства копирования можно было предоставить крайне редко, то суд США фактически предложил представлять два косвенных доказательства этому: 1) доступ нарушителя к авторскому произведению до создания своего нового произведения. В отношении музыкальных произведений в данном случае этот факт мог быть доказан существовавшей или существующей популярностью произведения; и 2) существенная похожесть (как главных идей, так и формы выражения) между авторским произведением и произведением нарушителя. Причем, наличие умысла правонарушителя на заимствование при установлении плагиата значения не имеет. Оба косвенных доказательства должны предоставляться одновременно. Недоказанность одного из этих фактов приводит к выводу об отсутствии плагиата.

¹ *Jennifer Newton*, Global Solution to Prevent Copyright Infringement of Musik Over the Internet. L. Rev. 125, 126 (2009). P. 39.

² *John R. Kettle III*, Dancing To The Beat of a Different Drummer: Global Harmonization — and the Need for Congress to Get in Step With a Full Public Performance Right for Sound Recordings, 12 Fordham Intell. Prop. Media &Ent. L. J. 1041, 1059 (2002).

³ See *Robert E. Schechter*, Selected Intellectual Property and Unfair Competition §5, 232 (West 2004). C. 112.

⁴ *John R. Kettle III*, Dancing To The Beat of a Different Drummer: Global Harmonization — and the Need for Congress to Get in Step With a Full Public Performance Right for Sound Recordings, 12 Fordham Intell. Prop. Media &Ent. L. J. 1041, 1059 (2002). C. 57.

- ⁵ *The Copyright Act* of 1976 Pub. L. No. 95-553, 90 Stat. 2541, 2598 (1976).
- ⁶ *Jennifer Driscoll*. Указ. соч. С. 11; *Bradley C. Rosen*, Cause of Action for Infringement of Copyrights in Sound Recording Under the Federal Copyright Act of 1976, 22 causes of action 2d 411 (2008).
- ⁷ *WIPO National Seminar on Enforcement of Intellectual Property Rights for General Prosecutors* on December 1 and 2, 2003, April 10, 2005.
- ⁸ *Хохлов В.А.* Авторское право: законодательство, теория, практика. М., 2008. 286с. С. 254.
- ⁹ *The Copyright Act* of 1909, Pub.L. No.320, Stat. 1075(1909). С. 896, 901.
- ¹⁰ *The Copyright Act* of October 15, 1971, Pub.L. №85 Stat. 391 (1971). С. 64.
- ¹¹ *Fantasy, Inc. v. Fogerty*, 664 F. Supp. 1345 91987). С. 1345–1351.
- ¹² *Хохлов В.А.* Авторское право: законодательство, теория, практика. М., 2008. 286с. С. 66.
- ¹³ *Матвеев Д.* Харрисон против «Чиффонз»: так кто же был прав?// Интеллектуальная собственность авторское право и смежные права.2005. №2. С. 64–68. С. 67.
- ¹⁴ *WIPO National Seminar on Enforcement of Intellectual Property Rights for General Prosecutors* on December 1 and 2, 2003, April 10, 2005. С. 1173.
- ¹⁵ *Selle v. Gibb*, 741 F.2d 896,901 (1984). С.178.
- ¹⁶ *Selle v. Gibb*, 741 F.2d 896,901 (1984). С. 905.
- ¹⁷ *Selle v. Gibb*, 741 F.2d 896,901 (1984). С.1175.
- ¹⁸ *Bright Tunes Musik Corp. v Harrison's Musik, Ltd.*, 420F. С. 178.

Х.Т. Насиров

Российско-Таджикский славянский университет

ПРОБЛЕМЫ ПРЕЕМСТВЕННОСТИ В СУБСИДИАРНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ

Правопреемство в субсидиарных обязательствах связывается с началом исполнения дополнительным должником кредиторских требований, неисполненных основным должником. При этом в субсидиарных обязательствах, как в обязательствах с обеспечительными функциями, возникает пассивное правопреемство, когда в обязательстве происходит замена основного должника на субсидиарного. Основными задачами правопреемства в этих обязательствах должны стать: обеспечение интересов кредитора посредством исполнения его требований дополнительным должником; обеспечение соотношения прав и обязанностей, переходящих от основного должника (праводателя) к субсидиарно-

му(правопреемнику), и обеспечение регрессных прав субсидиарного должника, уплатившего кредитору долги основного должника.

Особая конструкция субсидиарных обязательств, фактически уравнивающая их с переводом долга, предопределяет и весьма специфичные черты в правовой сущности правопреемства, возникающего в рамках этих обязательств, где правопреемство возникает между основным должником (праводателем или правопреемником) и дополнительным должником (правопреемником), которому переходят права и обязанности по исполнению неисполненных обязательств кредитора. Кредитору далеко не безразлично, кто будет исполнять обязательство и с кого в случае неисполнения этого обязательства ему придется требовать его исполнения, поэтому любой перевод должником своего долга на другое лицо допускается лишь с согласия кредитора, которое (согласие) является составным элементом юридического состава перевода долга. В субсидиарных обязательствах замена основного должника на дополнительного не может быть осуществлена без согласия кредитора. В данном случае для перехода прав и обязанностей от правоателя к правопреемнику, помимо их волеизъявлений, также необходимым становится наличие обязательного волеизъявления кредитора. В субсидиарном правопреемстве большое значение приобретают надлежащая форма и способы выражения волеизъявления кредитора, направленные на допуск замены основного должника.

Фактически волеизъявление кредитора в субсидиарных договорных обязательствах на переход прав и обязанностей от правоателя к правопреемнику выражает его согласие на будущее, когда наступят обстоятельства, в результате которых, если основной должник не сможет исполнить принятые на себя обязательства, то он будет заменен дополнительным. Для кредитора совершенно не безразлично, кто будет выступать в качестве правопреемника в субсидиарных обязательствах, ибо от кредитоспособности последнего во многом зависит исполнение этих обязательств. В договорных субсидиарных обязательствах кредитор изъявит свое волеизъявление на замену основного должника в будущем только тогда, когда добросовестность, порядочность и кредитоспособность дополнительного должника не будут вызывать у него сомнений. Выражение волеизъявления кредитора в данном случае носит производный характер по отношению к волеизъявлениям правопреемника и правопреемника. Отсутствие в субсидиарных договорных обязательствах волеизъявления кредитора на возникновение в будущем правопреемства делает эти обязательства ничтожными.

В договорных субсидиарных обязательствах несогласие на вероятную замену основного должника в будущем в первую очередь может

быть изъявлено кредитором при наличии у него сомнений относительно «индивидуальных качеств» основного должника, которые допускают возможность неисполнения или ненадлежащего исполнения со стороны последнего принятого на себя обязательства. В данном случае волеизъявление кредитора по отношению к волеизъявлениям основного и дополнительного должников уже становится первичным. Кредитор, заранее предполагая примерный объем обязательств, которые могут быть не исполнены основным должником, настаивает на включении в договор условий о субсидиарном правопреемстве.

Таким образом, юридический состав правопреемства в договорных субсидиарных обязательствах включает волеизъявление трех лиц: кредитора, основного и дополнительного должника.

Специфичный характер субсидиарных обязательств, основанных на законе, предопределяет правовое содержание правопреемства в этих обязательствах. Если по закону возникновение субсидиарного обязательства связывается с совершением основным или дополнительным должником тех или иных правомерных и неправомерных действий, то наступление субсидиарного правопреемства будет в меньшей степени зависеть от волеизъявления кредитора, основного или дополнительного должников. В данных случаях волеизъявление кредитора на возникновение субсидиарного правопреемства фактически предопределяется правомерным и неправомерным поведением основного и дополнительного должников. Содержание юридической природы правопреемства в субсидиарных обязательствах, возникающих на основании и в силу закона, состоит в том, что обстоятельства, с которыми связывается их возникновение, определены в законе достаточно четко, что, в свою очередь предопределяет волеизъявление кредитора на правопреемство в этих обязательствах.

В субсидиарном правопреемстве помимо волеизъявления кредитора, надлежащее исполнение обязательств во многом зависит и от надлежащего обеспечения соотношения прав и обязанностей дополнительного должника (как правопреемника) с правами и обязанностями основного должника (как правоудателя). Динамику этого соотношения предопределяет особый характер взаимоотношений, установившихся в субсидиарных обязательствах между основным и дополнительным должником, когда субсидиарный должник принимает на себя обязательство исполнить те требования кредитора, которые остались неудовлетворенными основным должником. В этом плане основанием возникновения правопреемства в субсидиарных обязательствах становится факт неудовлетворения или отказа от удовлетворения основным должником требований кредитора об исполнении обязательства. Особен-

ность взаимоотношений между основным и дополнительным кредитором состоит в том, что дополнительный должник заранее осознает, что как только основной должник не исполнит или не надлежаще исполнит свои обязательства, он будет принужден кредитором к исполнению этих неисполненных обязательств в субсидиарном порядке.

Субсидиарное правопреемство предопределяется не только противоправным поведением должников, но и столько исключительно обеспечительными мерами, направленными на удовлетворение дополнительным должником неисполненных требований кредитора. Поэтому субсидиарный должник должен стать правопреемником неисполненных обязательств, возникших независимо либо в результате своего виновного поведения, либо виновного поведения основного должника.

Более того, противоправное виновное поведение должников не должно влиять и на объем передаваемого правопреемства от основного должника к дополнительному. Для субсидиарного правопреемства, как и для правопреемства в целом, характерно, что дополнительный должник принимает на себя весь неисполненный основным должником объем требований (не больше), так как нельзя передать правопреемнику больше того, что имел праводатель. Но при этом в субсидиарных обязательствах, как в обязательствах, направленных на обеспечение всех неисполненных основных должником требований, правопреемник не вправе уменьшить объем неисполненных праводателем требований (ни меньше).

В субсидиарных правопреемствах пределы исполнения обязательств во многом зависят и от надлежащего обеспечения регрессивных прав субсидиарного должника. Причем необходимо отметить, что регрессные обязательства субсидиарного должника порождаются ненадлежащим исполнением или неисполнением основным должником требований кредитора только в том случае, если эта неисправность возникает в результате неправомерных действий самого основного должника. Однако исполнение регрессных обязательств при субсидиарном правопреемстве становится возможным только после исполнения субсидиарным должником требований кредитора по основному обязательству. Обусловленность регрессных обязательств дополнительного должника исполнения основного обязательства, прежде всего, связана с тем, что правопреемник, исполнивший обязательства основного должника, вправе обратиться к последнему с регрессным требованием о возмещении всех понесенных в связи с этим расходов, полный объем которых может быть определен только после исполнения субсидиарным должником всех требований кредиторов.

Однако данное правило не императивно, гражданское законодательство либо стороны в договоре могут предусмотреть, что расходы субсидиарного должника, хоть и порожденные неправомерными и виновными действиями основного должника, не всегда могут быть компенсированы в регрессном порядке. Прежде чем удовлетворить требования кредитора дополнительный должник обязан выдвинуть против него все возражения, которые были у основного должника по неисполненному обязательству, в противном случае субсидиарный должник рискует своим правом регрессного возмещения расходов.

О.Б. Орлова

Пермский государственный университет

ОГРАНИЧЕНИЕ ДЕЕСПОСОБНОСТИ ГРАЖДАН, ЗЛОУПОТРЕБЛЯЮЩИХ СПИРТНЫМИ НАПИТКАМИ И НАРКОТИЧЕСКИМИ ВЕЩЕСТВАМИ

Граждане имеют право самостоятельно участвовать в экономическом обороте, предпринимательской и иной деятельности, реализации своих имущественных прав. Эти полномочия и составляют содержание дееспособности. Однако дееспособность не рассматривается как естественное свойство граждан. В связи с этим нельзя говорить о равенстве дееспособности людей; ее объем зависит от способности конкретного человека разумно рассуждать, понимать смысл норм права, сознавать последствия своих действий, наличия у него жизненного опыта.

Сегодня законом допускается ограничение (при наличии определенных условий) дееспособности граждан, злоупотребляющих спиртными напитками или наркотическими средствами (ст. 30 ГК РФ). Эта норма относится только к гражданам, обладающим полной дееспособностью, поскольку граждане в возрасте от 14 до 18 лет при наличии достаточных оснований ограничиваются в дееспособности, о чем указывалось выше. Вместе с тем следует признать, что норма ст. 30 ГК РФ распространяется и на несовершеннолетних, которые до достижения 18 лет приобрели полную дееспособность в связи со вступлением в брак (п. 2 ст. 21 ГК РФ) или в порядке эмансипации (ст. 27 ГК РФ). Ограничение дееспособности гражданина является весьма существенным вторжением в его правовой статус и поэтому допускается законом при

наличии серьезных оснований, которые должны быть установлены судом.

Во-первых, ограничение дееспособности предусмотрено ст. 30 ГК РФ только для лиц, злоупотребляющих спиртными напитками либо наркотическими средствами. Иные злоупотребления и пороки (например азартные игры, пари и т. п.) не могут повлечь ограничения дееспособности, если даже они являются причиной материальных затруднений семьи.

Во-вторых, основанием для ограничения дееспособности гражданина по ст. 30 ГК РФ служит такое чрезмерное употребление спиртных напитков или наркотических веществ, которое влечет за собой значительные расходы средств на их приобретение, которое вызывает материальные затруднения и ставит семью в тяжелое положение. Таким образом, одинокий гражданин не представляет в этом смысле для гражданского законодательства интереса, так как основной целью этой нормы является сохранение имущества семьи от растрат.

Злоупотребление спиртными напитками или наркотическими веществами (упомянутыми в ст. 30 ГК РФ) является такое чрезмерное их употребление, которое находится в противоречии с интересами его семьи и влечет непосильные расходы денежных средств на приобретение, вызывая материальные затруднения и ставя семью в тяжелое положение. Ст. 30 ГК РФ не ставит возможность ограничения дееспособности гражданина в зависимость от признания его хроническим алкоголиком или наркоманом. Над такими лицами устанавливается попечительство.

Под ограничением дееспособности следует понимать лишение гражданина права без согласия попечителя: продавать, дарить, завещать, обменивать, покупать имущество, также совершать и другие сделки по распоряжению имуществом, за исключением мелких бытовых сделок; непосредственно самому получать заработную плату, пенсию и другие виды доходов; авторский гонорар, вознаграждение за открытия, изобретения; суммы, причитающиеся за выполнение работ по договору подряда; всякого рода пособия и т.п. Не вправе такие лица самостоятельно получать вознаграждения и по договорам комиссии, хранения, поручения, а также распоряжаться ими (вознаграждения) без согласия попечителя. Поскольку ст. 30 ГК не определила форму согласия попечителей, то она может быть любой (устной, письменной и т.д.).

Однако для того чтобы не страдали интересы других участников имущественных отношений, ст. 30 ГК установила, что гражданин, ограниченный в дееспособности, несет самостоятельную имущественную ответственность по всем совершенным им сделкам и за причиненный

вред. Сделки, совершенные без согласия попечителя гражданином, ограниченно дееспособным, могут быть признаны недействительными.

В гражданском процессуальном законодательстве выделяется отдельная категория дел – дела об ограничении или о лишении несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет права самостоятельно распоряжаться своими доходами (согласно подп. 1 п. 2 ст. 26 ГК РФ эти лица вправе самостоятельно, без согласия родителей, усыновителей и попечителя, распоряжаться своими заработком, стипендией и т.д.). Ограничение реализации этого права связано с тем, что несовершеннолетний не всегда разумно может распоряжаться находящимися в его ведении средствами, иногда даже во вред себе.

ГПК РФ определяет круг лиц, которые могут обратиться в суд с ходатайством об ограничении или лишении несовершеннолетнего права самостоятельно распоряжаться заработком, стипендией или иными доходами: к их числу отнесены родители, усыновители или попечители, а также орган опеки и попечительства (п. 3 ст. 281 ГПК РФ). В заявлении об ограничении или лишении несовершеннолетнего права распоряжаться своими доходами должны быть изложены обстоятельства, свидетельствующие о явно неразумном распоряжении ими; в заявлении могут содержаться ссылки на показания свидетелей, справки медицинского учреждения, подтверждающие факт злоупотребления алкоголем или наркотиками и т.д.

Заявитель освобождается от уплаты судебных расходов, связанных с рассмотрением заявления; однако если суд установит, что лицо действовало недобросовестно, он взыскивает с него все издержки. Также может быть установлено, что заявление подано лицом, у которого нет на это законных оснований.

В зависимости от конкретных обстоятельств суд может либо ограничить несовершеннолетнего в праве свободно распоряжаться заработком, стипендией или иными доходами, либо вовсе лишить его этого права. Выбор решения зависит от того, насколько прочны плохие склонности несовершеннолетнего и серьезны его ошибки в распоряжении заработком, стипендией, иными доходами.

На основании решения суда заработок, стипендия, иные доходы несовершеннолетнего полностью или частично должны выдаваться не ему, а его законным представителям — родителям, усыновителям, попечителю.

В ГК РФ прямо не предусмотрена возможность ограничения дееспособности на определенный срок. Представляется, что установить такой срок вправе суд в своем решении, с учетом конкретных обстоятельств и выявлением субъективных характеристик личности. В этом

случае по истечении установленного судом срока частичная дееспособность должна считаться восстановленной в том объеме, которую он имел до ее ограничения.

При прекращении гражданином злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами суд отменяет ограничение его дееспособности.

Если гражданин после отмены ограничения его дееспособности снова начнет злоупотреблять спиртными напитками или наркотическими средствами, суд по заявлению заинтересованных лиц может повторно ограничить его дееспособность.

Перечень оснований для признания гражданина ограниченно дееспособным в законе является исчерпывающим, однако необходимо эти основания расширить, так как материальные затруднения семьи зачастую возникают не только вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами, но и вследствие таких пороков, как азартные игры, неумное коллекционирование, нерациональная трата денег, рискованное ведение предпринимательской деятельности и других, что можно было назвать по терминологии Германского гражданского уложения и ГК РСФСР 1922 г. «расточительство».

Внесение предлагаемых изменений позволит создать условия для снижения количества лиц, имеющих патологическое пристрастие (склонность) к азартным играм, а также защитить их собственное имущество, права членов семей граждан, склонных к расточительству по причине наличия такого пристрастия или болезни (лудомании). В случае ограничения дееспособности лица все заключаемые им сделки (игры/пари) будут признаваться недействительными, если они совершены без согласия попечителя. Неудержимая страсть к азартным играм еще в 1980 г. была признана болезнью. Тогда же она получила официальное название (лудомания) и была зарегистрирована Всемирной организацией здравоохранения, став категорией, относящейся к психическим расстройствам. Болезненное пристрастие к игре, в подавляющем большинстве случаев, развивается на фоне других психических изменений. В жизни одержимого болезнью человека всё, кроме игры, отодвигается на второй план, игра становится стержнем, человек не может себя остановить, теряет самоконтроль. С точки зрения членов семьи, которые страдают от действий «лудоманов», внесение изменений в действующее законодательство более чем необходимо. Однако стоит отметить несколько моральных и юридических аспектов проблемы, которые следует учитывать. В частности, родственникам, которые захотят, чтобы члену их семьи ограничились дееспособность, следует помнить, что диагноз «лудомания» приведет к постановке на психиатрический учет. След-

ствием чего может стать лишение водительских прав и увольнение с работы. Кроме того, принудительное лечение может не принести положительных результатов, поскольку человек должен сам осознать свою проблему и добровольно обратиться за помощью. Поэтому при изменении законодательных норм следует руководствоваться термином «расщепленность». Это позволит, ограниченно вмешиваясь в юридический статус, лояльно защитить интересы не только самого гражданина, но и членов его семьи.

Е.М. Петрова

Сибирский юридический институт

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ОТНОШЕНИЙ, ВОЗНИКАЮЩИХ МЕЖДУ ХОЗЯЙСТВЕННЫМ ОБЩЕСТВОМ И ЕГО УПРАВЛЯЮЩЕЙ ОРГАНИЗАЦИЕЙ

Для осуществления функций единоличного исполнительного органа одного юридического лица (хозяйственного общества) все чаще в деловой практике используется возможность привлечения другого юридического лица (управляющей организации) в соответствии со ст. 69 Федерального закона РФ «Об акционерных обществах» от 26 декабря 1995 г. №208-ФЗ или ст. 42 Федерального закона РФ «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 8 февраля 1998 г. №14-ФЗ. Более того, привлечение управляющей организации для осуществления функций единоличного исполнительного органа признается приоритетным для тех акционерных обществ, акции которых принадлежат, например, муниципальным образованиям или Российской Федерации. Таким образом, высокий спрос на профессиональных управленцев и диверсификация на рынке услуг обусловили формирование нового предложения - услуги по осуществлению управляющей организацией функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества, а следовательно, и вступление хозяйствующих субъектов в соответствующие правоотношения. В связи с этим представляется необходимым решить вопрос о правовой природе данных правоотношений.

Принимая во внимание определение обязательства, которое дано в ст. 307 ГК РФ, а также факт заключения договора между управляющей организацией и хозяйственным обществом, можно сделать вывод о том, что их отношения (в части обмена материальными благами, имею-

щими денежную оценку: услуги, с одной стороны, и вознаграждения за их оказание, с другой стороны) являются имущественными. Здесь нельзя не вспомнить о корпоративных отношениях, поскольку в литературе отмечается их имущественная природа.

Под корпоративными отношениями обычно понимаются основанные на членстве правоотношения, которые складываются между корпорацией и ее участниками (П.В. Степанов, И.Н. Шабунова, К. Кирсанов), либо (применительно к акционерному обществу) отношения, возникающие по поводу участия акционеров в управлении акционерным обществом (Е.Б. Сердюк). В свою очередь, в Концепции развития гражданского законодательства РФ (одобрена решением Совета при Президенте РФ по координации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009 г.) предлагается закрепить следующее понятие корпоративных отношений – это отношения, связанные с «правом участия» в корпорации, а также соответствующие обязательственные отношения между учредителями (участниками) и корпорацией (п. 1.2.).

Из приведенных выше определений следует, что автоматически никакие отношения, основанные на членстве или объединении имущества при осуществлении функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества управляющей организацией, не могут возникнуть, поскольку сам факт заключения договора возмездного оказания услуг с управляющей организацией не делает последнюю участником хозяйственного общества. Следовательно, нет оснований рассматривать отношения между указанными субъектами как корпоративные.

Дальнейшая квалификация исследуемых правоотношений позволит отнести их к гражданско-правовым неимущественным организационным отношениям. Об организационных отношениях как отношениях, являющихся предметом административного права, упоминал еще М.М. Агарков. Однако именно О.А. Красавчиков обратил внимание на то обстоятельство, что многие организационные отношения входят в предмет гражданско-правового регулирования, и убедительно аргументировал свою позицию, предложив классификацию данных отношений по содержанию: на организационно-предпосылочные (образующие), организационно-делегирющие, организационно-контрольные и организационно-информационные. Представляется, что между управляющей организацией складывается практически весь спектр названных организационных отношений. Так, организационно-предпосылочные отношения складываются до непосредственного заключения договора между хозяйственным обществом и управляющей организацией в про-

цессе определения кандидатуры последней, утверждения условий договора, одобрения такой сделки, если она является крупной или сделкой с заинтересованностью и т.д. Наличие организационно-контрольных и организационно-информационных отношений, в частности, вытекает из смысла п. 1 ст. 69 ФЗ РФ «Об акционерных обществах» и п. 4 ст. 32, в силу которых исполнительные органы подотчетны (т.е. обязаны предоставлять информацию о своей деятельности) общему собранию акционеров (участников) и совету директоров хозяйственного общества.

В свою очередь, организационно-делегирующие отношения не имеют места в силу того, что управляющая организация осуществляет функции единоличного исполнительного органа хозяйственного общества и выступает в гражданском обороте под именем управляемого хозяйственного общества, непосредственно своими действиями реализуя его правосубъектность. Как орган не представляет от имени юридического лица, так и управляющая организация не уполномочена выступать в качестве представителя от его имени.

Необходимо отметить, что после заключения соответствующего договора правоотношения между хозяйственным обществом и управляющей организацией не будут являться одновременно организационными и имущественными. О.А. Красавчиков отмечал, что иногда организационные отношения являются предпосылкой формирования, изменения или ликвидации гражданско-правовой связи субъектов, а иногда могут быть элементами уже существующего гражданско-правового отношения. Таким образом, организационными отношениями в чистом виде можно назвать только отношения, возникающие между хозяйственным обществом и претендентом на роль управляющей организации. В дальнейшем они будут функционально связаны с имущественными отношениями, иметь по отношению к последним служебный, вспомогательный характер, а их объектом и целью станет организация, упорядочение (нормализация) деятельности участников в рамках возникшего имущественного отношения.

Отношения между управляющей организацией и хозяйственным обществом также можно определить как относительные, поскольку они возникают между конкретными лицами.

Обобщая вышеизложенное, можно сделать вывод о том, что возникающие между управляющей организацией и хозяйственным обществом правоотношения являются сложными и динамичными. В их развитии условно можно выделить два этапа:

Первый – до заключения договора на осуществление функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества управ-

ляющей организацией. На этом этапе формируются неимущественные организационно-предпосылочные правоотношения.

Второй – после заключения договора. Здесь возникают имущественные отношения (в части обмена материальными благами, имеющими денежную оценку: услуги, с одной стороны, и вознаграждения за их оказание, с другой стороны), а также неимущественные, организационно-контролирующие и организационно-информационные правоотношения.

Н. Посохова
Казахстан

СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ «ДОГОВОР ПРОСТОГО ТОВАРИЩЕСТВА» И «ДОГОВОР О СОВМЕСТНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ»

Согласно п. 1 ст. 1041 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее по тексту – ГК РФ) по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной, не противоречащей закону цели.

Гражданский Кодекс Республики Казахстан (далее по тексту – ГК РК), регламентируя в ст. 228 понятие простого товарищества, определяет, что простое товарищество образуется на основе договора о совместной деятельности, по договору о совместной деятельности (договору простого товарищества) стороны обязуются совместно действовать для получения доходов или достижения иной не противоречащей закону цели.

Очевидно, что текст указанных статей не предоставляет возможности единообразного понимания соотношения двух понятий - «договор о совместной деятельности» и «договор простого товарищества», с одной стороны, позволяя представлять договор простого товарищества как разновидность договора о совместной деятельности, с другой стороны, - как его синоним. Тем более, что и в ГК РФ, и в ГК РК наличествуют и другие случаи двойного наименования договора с заключением в скобки дополнительного понятия, например, аренда (имущественный найм) (ст. 606 ГК РФ), имущественный наем (аренда) (ст. 540 ГК РК), договор

безвозмездного пользования имуществом (договор ссуды) (ст. 689 ГК РФ и ст. 604 ГК РК), финансовая аренда (лизинг) (ст. 665 ГК РФ), Финансирование под уступку денежного требования (факторинг) (ст. 729 ГК РК), договор банковского вклада (депозита) (ст. 834 ГК РФ), комплексная предпринимательская лицензия (франчайзинг) (ст. 896 ГК РК). Причем с точки зрения юридической техники остается неясным, указывает ли законодатель в скобках синоним основного понятия, который является менее общеупотребимым, либо подчеркивает некую преемственность в регулировании этих отношений.

В юридической литературе, между тем, также нет единства мнений относительно тождества либо различия понятий «договор о совместной деятельности» и «договор простого товарищества».

Казахстанские цивилисты в большинстве своем признают данные понятия однозначными. Среди российских ученых полярность мнений имеет большую амплитуду – от подтверждения тождества до его полного отрицания.

Так, например А.П. Сергеев и Ю.К. Толстой придерживаются позиции, что договор простого товарищества – единственный предусмотренный ГК РФ договор, регулирующий совместную деятельность его участников.

Другие авторы, в частности О.С. Иоффе, А.И. Масляев и И.А. Масляев, делают выводы о том, что закон отождествляет понятия «простое товарищество» и «совместная деятельность».

Такие же ученые, как М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, Е.М. Шукина считают необходимым рассматривать термин «совместная деятельность» шире понятия «простое товарищество», так как договор простого товарищества – лишь одна из разновидностей договоров о совместной деятельности.

Отождествление ГК РФ и ГК РК понятий «договор простого товарищества» и «договор о совместной деятельности» способно породить в правоприменительной практике ряд проблем, связанных с идентификацией различного рода «соглашений», оформляющих совместные действия сторон (участников) договора, направленные на достижение той или иной цели.

Ситуация усугубляется отсутствием легитимного определения понятия «договор о совместной деятельности», тогда как в практике различные виды подобных договоров встречаются достаточно часто: договор о долевом участии в строительстве, договор об учреждении юридического лица (учредительный договор), договор граждан о создании крестьянского (фермерского) хозяйства и т.д.

Перечисленные выше договоры, в том числе и договор простого товарищества, имеют достаточное количество общих признаков, что позволяет условно (при отсутствии законодательного закрепления понятия) именовать их договорами о совместной деятельности, однако очевидно, что не всякий договор о совместной деятельности является, в свою очередь, договором простого товарищества.

Согласно воле законодателя, закрепленной в ГК РФ (и в ГК РК), договором простого товарищества признается только такое соглашение, участники которого - соединяют свои вклады, формируя общее имущество, совместно действуют, стремясь к общей цели, по достижению которой и в процессе достижения которой общие доходы и убытки распределяют между собой. При этом одним из основополагающих критериев договора простого товарищества является отсутствие желания сторон (участников) договора создавать самостоятельный субъект права – юридическое лицо.

Именно по наличию указанного выше критерия договор простого товарищества отличается от учредительного договора, в результате исполнения которого юридическое лицо создается. Договор простого товарищества также отличается и от договоров о совместной деятельности, направленных на достижение общей цели, но не предусматривающих объединение вкладов.

Таким образом, на наш взгляд, понятия «договор простого товарищества» и «договор о совместной деятельности» соотносятся как частное к общему, либо как вид и род. При этом договор о совместной деятельности выступает как общее, родовое понятие (совокупность видов), тогда как договор простого товарищества – как частное, видовое понятие (особенное в общем).

И.П. Пушкарев

Южно-Уральский государственный университет

ОТДЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПОДВЕДОМСТВЕННОСТИ КОРПОРАТИВНЫХ СПОРОВ

Двадцатого сентября 2009 г. вступили в силу изменения, внесенные в Арбитражный процессуальный кодекс РФ (далее – АПК РФ)¹, которыми, в частности, в его структуру была введена глава 28.1 «Рас-

смотрение дел по корпоративным спорам»². Появление этой главы явилось закономерным результатом развития и усложнения корпоративных отношений в российской экономике, а также развития корпоративного законодательства. Увеличение количества рассматриваемых арбитражными судами дел, связанных с участием в них юридических лиц, обжалованием решений органов управления организаций, признанием недействительными крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность, позволило выделить такую категорию, как корпоративный спор, и порядок его разрешения в отдельный вид производства в арбитражном суде. При этом четкое разграничение подведомственности дел между арбитражными судами и судами общей юрисдикции, является, на наш взгляд, одним из ключевых показателей качества арбитражного процессуального законодательства и эффективности осуществляемой арбитражными судами деятельности, направленной на защиту нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов лиц, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность.

Одним из основных вопросов в данном случае является определение критериев, позволяющих отнести тот или иной корпоративный спор к подведомственности арбитражного суда.

Так, в силу ст. 225.1 АПК РФ арбитражные суды рассматривают дела по спорам, связанным с созданием юридического лица, управлением им или участием в юридическом лице, являющемся коммерческой организацией, а также в некоммерческом партнерстве, ассоциации (союзе) коммерческих организаций, иной некоммерческой организации, объединяющей коммерческие организации и (или) индивидуальных предпринимателей, некоммерческой организации, имеющей статус саморегулируемой организации в соответствии с федеральным законом. При этом, исходя из буквального текста пп. 1–9 данной статьи следует вывод о том, что перечень корпоративных споров, подлежащих разрешению в арбитражном суде, не является исчерпывающим.

Исходя из этого следует, что приведенная выше норма содержит два критерия отнесения того или иного спора к рассматриваемым арбитражными судами корпоративным спорам.

В качестве первого критерия выступают определенные правоотношения, из которых возникает спор: 1) по созданию юридического лица; 2) по управлению юридическим лицом, 3) связанные с участием в уставном капитале юридического лица. В качестве второго критерия следует рассматривать перечень таких юридических лиц.

Заметим, что формулировка ст. 225.1 АПК РФ отличается отсутствием четкости, что способно породить ряд теоретических и практиче-

ских проблем. В частности, отсутствует ясность в вопросе о том, применительно к каким юридическим лицам перечисляются в исследуемой статье правоотношения, из которых возникают споры, отнесенные к рассматриваемым арбитражными судами корпоративным спорам.

Так, возможно следующее понимание данной нормы. Арбитражные суды рассматривают споры, связанные с созданием юридического лица. В этом случае речь будет идти о создании любых юридических лиц, а не только коммерческих организаций; об управлении коммерческих (например ООО) и некоммерческих (например ассоциацией) организаций; об участии в уставном капитале любого юридического лица, являющегося коммерческой организацией, а также об участии только в таких видах некоммерческих организаций, как ассоциации (союзы), некоммерческие партнерства, саморегулируемые организации, иные некоммерческие организации, объединяющие (в качестве участников) коммерческие организации и (или) индивидуальных предпринимателей³.

Такое понимание указанной нормы, на наш взгляд, необоснованно расширяет подведомственность дел арбитражным судам за счет отнесения к их ведению споров, связанных с созданием, реорганизацией и ликвидацией всех юридических лиц (а не только коммерческих организаций). Так, в силу п. 5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» от 9 декабря 2002 г. №11 Арбитражным судам подведомственны дела по спорам о создании, реорганизации и ликвидации юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, об отказе в государственной регистрации, уклонении от государственной регистрации коммерческих организаций, а также иных организаций, деятельность которых связана с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности. Дела по спорам о создании, реорганизации и ликвидации, а также по спорам об отказе в государственной регистрации, уклонении от государственной регистрации других организаций (некоммерческих организаций, в том числе общественных объединений и организаций, политических партий, общественных фондов, религиозных объединений и др.), не имеющих в качестве основной цели своей деятельности извлечение прибыли, не подлежат рассмотрению арбитражными судами⁴.

Более логичным нам представляется следующее «прочтение» нормы, закрепленной в ст. 225.1 АПК РФ: арбитражные суды рассматривают дела по спорам, связанным с созданием, управлением или участием в юридическом лице, являющемся коммерческой организацией, а

также в некоммерческом партнерстве, ассоциации (союзе) коммерческих организаций, иной некоммерческой организации, объединяющей коммерческие организации и (или) индивидуальных предпринимателей, некоммерческой организации, имеющей статус саморегулируемой организации в соответствии с федеральным законом.

При таком прочтении исследуемой нормы споры, связанные с созданием, реорганизацией или ликвидацией некоммерческих организаций, за исключением споров, указанных в АПК РФ, а также споры об отказе в государственной регистрации, уклонении от государственной регистрации данных организаций, не должны относиться к ведению арбитражных судов, что в полной мере согласуется с задачами арбитражного судопроизводства и судебно-арбитражной практикой.

¹ Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24 июля 2002 г. №95 ФЗ // СЗ РФ. 2002. №30. Ст. 3012.

² ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 19 июля 2009 г. № 205-ФЗ // СЗ РФ. 2009. №29. Ст. 3642.

³ *Гуев А.Н.* Постатейный комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу РФ // Система ГАРАНТ. 2009.

⁴ *Постановление* Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» от 9 декабря 2002 г. №11 // Вестник ВАС РФ. 2005. №12.

И.С. Закалина

Пермский городской нотариальный округ

О ЗАВЕЩАТЕЛЬНЫХ РАСПОРЯЖЕНИЯХ В СФЕРЕ БРАЧНО-СЕМЕЙНЫХ ОТНОШЕНИЙ

24 апреля 2008 г. был принят Федеральный закон 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве», который вступил в силу с 1 сентября 2008 г.¹. В соответствии с п.2 ст. 13 этого закона «единственный родитель несовершеннолетнего ребенка вправе определить на случай своей смерти опекуна или попечителя ребенку». Иными словами, этот закон впервые в практике нашего законодательства предоставил родителям право на случай своей смерти определить своему ребенку опекуна (попечителя).

В последние годы на планете значительно чаще стали происходить крушения самолетов, поездов, взрывы, пожары на заводах, шахтах,

аводнения, разрушительные землетрясения и др. стихийные бедствия, сопровождающиеся массовой гибелью людей. Все это заставляет людей задумываться о составлении различного рода юридических документов, определяющих судьбу не только их имущества, имущественных прав, но и их близких, особенно детей. Чаще всего в таких случаях граждане обращаются к нотариусу с просьбой удостоверить завещание. Нередко родители или один из них просят нотариуса удостоверить завещание, в котором они хотели бы назначить опекуна или попечителя их ребенку на случай своей смерти. В связи с этим возникают следующие вопросы:

- Можно ли распоряжение родителей о назначении ребенку опекуна или попечителя на случай своей смерти назвать завещанием?
- Могут ли оба родителя одновременно удостоверить у нотариуса такой документ?
- Вправе ли в этом завещательном распоряжении родитель определить имущество, за счет которого опекун (попечитель) может производить расходы на содержание подопечного ребенка?

Под завещанием принято понимать распоряжение гражданина на случай смерти о своем имуществе, сделанное в установленной форме².

Ст. 1118 ГК РФ устанавливает, что распорядиться имуществом на случай смерти гражданин может только путем совершения завещания. Для того чтобы данное распоряжение гражданина на случай смерти могло быть признано завещанием, оно должно отвечать ряду признаков: 1. Завещание – это односторонняя сделка. 2. Завещание совершается на случай смерти гражданина. 3. Завещание – это распоряжение гражданина о своем имуществе. 4. Завещание – это сделка, непосредственно связанная с личностью завещателя, а потому оно может быть только совершено гражданином, обладающим в момент его совершения дееспособностью в полном объеме. 5. Завещание должно быть выражено в письменном виде и нотариально удостоверено (п. 1 ст. 1124 ГК РФ). Несоблюдение этой нормы влечет абсолютную недействительность, ничтожность завещания³.

Будет ли правильным назвать завещанием документ, в котором родитель, реализуя предоставленное ему законом право, назначает ребенку на случай своей смерти опекуна или попечителя? Нам представляется, что такое распоряжение не отвечает всем признакам завещания, прежде всего, потому, что его нельзя считать односторонней сделкой. По своей правовой природе такое распоряжение родителя будет

являться односторонним семейно-правовым актом⁴. Это действие, как и завещание, совершается на случай смерти, должно быть выражено в письменной форме и нотариально удостоверено. Не менее важно и то, что оно также непосредственно связано с личностью конкретного родителя.

Следует отметить, что в последнее время в юридической литературе стали появляться и такие определения завещания, в которых под завещанием понимается «акт физического лица по распоряжению принадлежащим ему материальными и нематериальными благами на случай смерти»⁵, или по распоряжению не только имущественных, но и личных неимущественных прав. На наш взгляд, в завещательном распоряжении гражданин может осуществить свое право на добровольное признание отцовства в отношении внебрачного ребенка, если он не мог этого сделать в свое время по каким-либо обстоятельствам (не хотел осложнять отношения в своей семье).

Целесообразно внести изменения в часть 3 ГК РФ. В частности, пункты 1 и 5 ст. 1118 ГК следует изложить в следующей редакции:

«1. Распорядиться имуществом и личными неимущественными правами на случай смерти можно только путем совершения завещания.

5. Завещание является односторонней сделкой, которая создает права и обязанности после открытия наследства.

Завещание может быть односторонним юридическим актом, которое создает права и обязанности после смерти лица, совершившего такой юридический акт».

На наш взгляд лишь только нотариус вправе удостоверить такое завещательное распоряжение, поскольку нотариус – это высококвалифицированный специалист с большим опытом работы, который, совершая все необходимые процедуры по оформлению данного нотариального действия, является одновременно гарантом их законности и правильности их выполнения.

Могут ли оба родителя одновременно определить на случай своей смерти опекуна или попечителя ребенку? Мы полагаем, нотариус может удостоверить распоряжение обоих родителей, но это должны быть разные документы и с разной формулировкой. Кроме того, мы считаем, что документ, в котором излагается распоряжение родителя на случай его смерти об определении опекуна (попечителя) его ребенку, должен называться завещанием или завещательным распоряжением, а не заявлением, на котором нотариус свидетельствует подлинность подписи родителя. По этой причине, на наш взгляд, редакция п. 2 ст. 13 ФЗ «Об опеке и попечительстве» нуждается в корректировке.

Кроме того, на практике могут возникнуть ситуации, когда с подобного рода заявлением может обратиться единственный родитель, который в последние годы жизни не проживал с ребенком, его не воспитывал, не управлял его имуществом. В связи с этим заслуживает внимания законодательный опыт Франции. Ст.397 Гражданского кодекса Франции устанавливает: «личное право на избрание опекуна на случай своей смерти, признается за последним из живущих родителей при том условии, если до самой смерти он продолжал осуществлять опеку или законное управление имуществом несовершеннолетнего»⁶.

На наш взгляд, целесообразно дополнить ч. 3 ГК РФ новой статьей 1140.1 в редакции, изложенной в законопроекте №184681-4, который был внесен в Государственную Думу РФ при принятии Федерального Закона от 24 апреля 2008 г. (в том числе и по вопросам, касающимся определения имущества, за счет которого опекун (попечитель) вправе производить расходы на содержание подопечного).

¹ Федеральный закон от 24.04 2008 г. №48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» // Российская газета. 2008. 30 апр.

² *Серебровский В.И.* Очерки советского наследственного права. М., 1953. С.92.

³ Российское гражданское право: учебник в 2 т. / отв. ред. Е.А.Суханов. Т. 1. М.: Статут, 2010. С. 651.

⁴ *Данилин В.И., Реутов С.И.* Юридические факты в советском семейном праве. Свердловск, 1989. С.58-75.

⁵ Гражданское право: Учеб. пособие / под общ. ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 266.

⁶ Французский гражданский кодекс: учебно-практический комментарий. М., 2008. С. 210.

С.А. Савченко

Тюменский государственный университет

ПРОТИВОРЕЧИЯ В РЕГУЛИРОВАНИИ ПРАВА ЧАСТНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Отношения собственности являются ключевыми в развитии любого государства и краеугольным камнем на пути перехода к рыночному типу хозяйствования. И если западная правовая наука, проникшая в отечественную цивилистику с учением К. Маркса, разделяет собственность и человека, то русским гуманистам всегда было свойственно рас-

сма́тривать в собственности продолжение личности¹. Данная традиция, замалчиваемая и порядком подзабытая в советское время, получила свое второе рождение в современной научной литературе².

Сегодня в науке отсутствует однозначное понимание конституционного права частной собственности. Разработка его понятийно-категориального аппарата не является самоцелью, а обусловлена потребностями правоприменения. Признание этого права конституционным имело своей целью обеспечение его повышенной защиты, но, как отмечает проф. С.А. Авакьян: «Нельзя защищать и охранять то, что не имеет ясности»³. Данное явление российской правовой действительности однозначно носит негативный характер.

Среди причин, его обусловивших, можно выделить:

1) противоречия между пониманием права частной собственности в конституционном и гражданском праве;

2) противоречия между рядом правовых позиций, высказанных Конституционным Судом РФ (КС РФ) по вопросу о понимании права частной собственности;

3) противоречия между практикой Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ), активно внедряющейся в отечественную правовую систему, и ее традициями.

Право собственности, изначально являясь частноправовым институтом, перейдя в сферу публичного права, заняло центральное место среди прав и свобод человека, охраняемых конституционным законодательством. В связи с этим актуальность приобретает вопрос о том, каким по своей юридической природе является институт конституционного права частной собственности: частноправовым или публично-правовым. В литературе на этот счет однозначного ответа не имеется.

Существуют две основные точки зрения по этому вопросу. Суть первой, современным представителем которой является А.И. Курбатов, состоит в том, что это субъективное право является публичным⁴.

Второй подход, отрицая указанную точку зрения, все же не дает ответа на поставленный вопрос. М.М. Агарков еще в 1920 г. писал: «Представителям науки публичного права приходится включать частную собственность в число публичных прав, т. к. конституции обыкновенно указывают на ее неприкосновенность наравне с другими гражданскими свободами. Благодаря этому получается вывод, неприемлемый для всякого проводящего различие между публичным и частным правом, – право собственности раздваивается на публичное субъективное право и частное субъективное право. Гораздо правильнее рассмат-

ривать право собственности как единое абсолютное право, обращенное против всех и каждого, между прочим, и против государства»⁵.

На основе этого подхода, под воздействием концепции развития конституционного законодательства, родилась современная теория смежных конституционно-правовых понятий, авторами которой являются Ю.А. Тихомиров, А.Е. Постников, В.И. Васильев, С.А. Пяткина, В.В. Лапаева, Е.Е. Никитина, Н.Л. Пешин⁶. Учитывая повсеместную тенденцию смягчения дихотомического подхода, с выделением пересекающихся сфер (публичное – частное, абсолютное – относительное, вещное – обязательственное и т.д.), предлагается, в зависимости от преобладания частноправовых или публично-правовых начал, классифицировать субъективные права как публичные, публично-частные, частно-публичные и частные.

Исходя из того, что генетически право собственности связано с частным правом, где оно получило наиболее глубокую разработку, а так же то, что его публичное закрепление, по своей сути, есть способ обеспечения повышенной защиты, конституционное право частной собственности следует отнести к разряду частно-публичных прав.

Регулирование отношений собственности частным и публичным правом, в результате которого возникают две юридические конструкции: субъективное конституционное право частной собственности и субъективное гражданское право частной собственности, ставит вопрос об их соотношении. Основное противоречие возникает в силу того, что конституционное право, как основное, лишено признака отчуждаемости, в то время как он является основополагающим для гражданского оборота. Данное противоречие может быть преодолено путем разделения конституционного права частной собственности на абстрактное и конкретное, где второе будет включать в себя субъективное гражданское право.

Проведенный анализ практики ЕСПЧ, КС РФ, а так же конституционных судов ряда зарубежных государств позволяет сделать вывод о том, что они избегают конкретных определений права частной собственности, чтобы не связывать себя однажды высказанной правовой позицией в условиях динамичности общественных отношений. Ф. Ритнер высказал мнение о том, что дать единое определение права собственности невозможно, оно будет своим для каждой из отраслей права⁷. Данная точка зрения является ошибочной в силу действия принципов единства права и правовой определенности, предполагающих существование единых определений. Можно полностью согласиться с Г.А.

Гаджиевым в том, что «объем таких правовых понятий, как право собственности, свобода договора..., сформулированный в конституционном праве, должен определять интерпретацию этих понятий в гражданском праве»⁸, при одном условии. Конструирование этих дефиниций должно производиться не только исходя из «духа и буквы» Основного закона, но и с учетом разработок цивилистов, для которых это право является «родным».

Такой подход есть не что иное, как применение метода синергетики в юриспруденции⁹, который будет способствовать обеспечению баланса частных и публичных интересов в рассматриваемой сфере.

Таким образом, предлагается следующее определение: конституционное право частной собственности – охраняемая законом возможность для собственников иметь вещи, господствовать над ними наиболее абсолютным и исключительным образом, в рамках ограничений, накладываемых федеральным законодательством в конституционно-значимых целях и с соблюдением разумного баланса между интересами собственника и общества.

¹ Русская философия собственности XVIII-XX вв. / Сост. К. Исупова, И. Савина. СПб.: СП «Ганза», 1993.

² См., напр.: Павлов В.П. Проблемы теории собственности в российском гражданском праве: Монография. М.: Российская правовая академия, 2000. С. 144.

³ См.: Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность: 2-е изд. М.: РЮИД, «Сашко», 2000. С. 214.

⁴ См.: Курбатов А.Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. М.: АО «ЦентрЮрИнфоР», 2001. С. 92.

⁵ См.: Агарков М.М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. №1. С. 37.

⁶ См.: Концепции развития российского законодательства. М., 1998. С. 26.

⁷ Приводится по: Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада. М.: Дело. 1992. С. 67.

⁸ См.: Гаджиев Г.А. Защита основных экономических прав и свобод предпринимателей за рубежом и в РФ (Опыт сравнительного правоведения). М.: Манускрипт, 1995. С. 7.

⁹ Подробнее о этом методе научного познания см.: Автономов А.С. Методологические аспекты исследования системы категорий конституционного права // Теоретические проблемы российского конституционализма. М.: Институт государства и права РАН, 2000. С. 3-23; Он же: Правовая онтология политики: к построению системы категорий. М.: ООО Фирма «Инфограф», 1999.

СТАТЬЯ 6 КОНВЕНЦИИ О ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ОСНОВНЫХ СВОБОД В РОССИЙСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Общепризнанно, что механизм защиты, предусмотренный Конвенцией о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция), является субсидиарным к механизму, который обязана обеспечить страна-участница на национальном уровне в соответствии с требованиями ст. 1 Конвенции.

Загруженность Европейского суда по правам человека, так называемыми «делами-клонами», свидетельствует о наличии в правовой системе государства-члена проблем, требующих системного решения. Применительно к Российской Федерации одной из таких проблем является проблема длительных сроков судебных разбирательств и исполнения вступивших в законную силу решений судов против государства.

Пунктом 1 ст. 6 Конвенции гарантировано право каждого лица в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона.

Явным шагом на пути разрешения существующей проблемы стало принятие ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» от 30.04.2010 №68-ФЗ (далее – ФЗ «О компенсации»). В соответствии с положениями закона лица при нарушении их права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта, предусматривающего обращение взыскания на средства бюджетов бюджетной системы Российской Федерации, в разумный срок могут обратиться в суд с заявлением о присуждении компенсации за такое нарушение в порядке, установленном действующим законодательством Российской Федерации.

Положительным является то, что в соответствии с п. 2 ст. 2 ФЗ «О компенсации» размер компенсации будет определяться судом исходя из требований заявителя, обстоятельств дела, по которому было до-

пущено нарушение, продолжительности нарушения и значимости его последствий для заявителя, а также *с учетом принципов разумности, справедливости и практики Европейского Суда по правам человека* (курсив мой. – С.Л.). Обратное свело бы на нет положительное действие закона, так как задача обеспечить каждому, находящемуся под юрисдикцией страны-участницы, права и свободы, определенные Конвенцией, как того требует ст. 1 Конвенции, не была бы достигнута. В случае если нарушение не будет устранено на национальном уровне либо будет устранено лишь частично, в том числе в случае отсутствия справедливой компенсации со стороны властей государства-ответчика, лицо не утратит статус «жертвы» по смыслу ст. 34 Конвенции и его жалоба будет считаться приемлемой для рассмотрения Европейским судом, который непосредственно выступит с целью обеспечения прав жертвы, не получившей должной защиты на национальном уровне.

Насколько судебная система Российской Федерации сможет на практике реализовать заложенный принцип, покажет время. Пока очевидно, что внесенные в связи с принятием ФЗ «О компенсации» в действующее процессуальное законодательство изменения увеличили общие сроки рассмотрения дела как в судах общей юрисдикции, так и в арбитражных судах.

Вместе с тем одно положение закона уже сейчас вызывает явное опасение. Пункт 4 ст. 1 ФЗ «О компенсации» предусматривает, что присуждение компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок *лишает заинтересованное лицо права на компенсацию морального вреда за указанные нарушения.*

Практика применения ст. 6 Конвенции в отношении разумного срока сложилась в пользу взыскания морального вреда в рамках ст. 41 Конвенции о справедливой компенсации в случае установления Европейским судом факта нарушения прав заявителя, в связи с чем запрет на национальном уровне требовать взыскания морального вреда противоречит практике Европейского Суда по правам человека, необходимость учета которой декларируется в ст. 2 ФЗ «О компенсации».

Российская Федерация – не единственная страна-участница Конвенции, переживающая проблемы чрезмерно длительных сроков судебных разбирательств. Необходимость решения аналогичной проблемы возникла, в частности, перед Италией, парламентом которой в 2001 г. был принят Закон №89 от 24.03.2001, известный как «Закон Пинто» (Pinto Act), по фамилии одного из разработчиков сенатора Пинто.

При этом итальянский законодатель не исключал право на компенсацию морального вреда. Статья 2 «Закона Пинто» предусматривала, что каждый, кому в результате нарушения Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод был причинен материальный ущерб или моральный вред вследствие несоблюдения требования пункта 1 ст. 6 Конвенции о «разумном сроке», имеет право на получение справедливой компенсации. Однако при применении «Закона Пинто» у судов возник вопрос, насколько при определении размера компенсации необходимо учитывать практику Европейского суда, является ли «Закон Пинто» «развитием» положений Конвенции на национальном уровне или выступает в качестве самостоятельного средства правовой защиты.

В конце 2003 г. Кассационный суд Италии однозначно высказался в пользу учета практики Европейского суда при определении размера справедливой компенсации. Не затрагивая явным образом противоречивого вопроса о соотношении Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и национальной судебной системы, Кассационный суд Италии в Постановлении №1339 от 27.11.2003 отметил, что «прямое исполнение положения Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, закрепленного Законом №89/2001 (то есть пунктом 1 ст. 6 в части, касающейся «разумного срока»), в рамках судебной системы Италии не может расходиться с толкованием Европейским судом этого положения. Противоположный аргумент, допускающий существенное расхождение между применением Закона №89/2001 в национальной системе и толкованием Страсбургским судом права на судебное разбирательство дела в разумный срок, лишил бы указанный Закон №89/2001 всякого основания и привел бы к нарушению Италией статьи 1 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод».

Европейский суд по правам человека в постановлениях по конкретным делам также последовательно отмечает, что «из принципа субсидиарности... следует, что национальные суды должны по возможности толковать и применять внутреннее право в соответствии с Конвенцией».

Таким образом, лишение на национальном уровне лиц права на компенсацию морального вреда может послужить основанием в недалеком будущем еще для одной категории «дел-клонов» против Российской Федерации.

В.А. Сергеева

Тверской государственной университет

СОГЛАШЕНИЯ, ПРИМЕНЯЕМЫЕ В РАМКАХ МЕДИАЦИИ, КАК РАЗНОВИДНОСТЬ СЕМЕЙНО-ПРАВОВЫХ ДОГОВОРОВ

Расширение диспозитивных начал в сфере регулирования семейных отношений обеспечивается не только применением уже предусмотренных Семейным кодексом Российской Федерации (далее – СК РФ) договорных конструкций, но и появлением иных, процессуальных по своей сути моделей соглашения.

Определенный резонанс в юридической науке вызвало принятие федерального закона Российской Федерации №193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее – закон о процедуре медиации). Данный закон содержит нормы как материального, так и процессуального содержания, его положения могут применяться при рассмотрении различных видов споров, в том числе и тех, которые возникают из семейных правоотношений.

Заметим, что анализируемый закон весьма интересен не только с точки зрения эффективности непосредственно самой процедуры медиации, но и с точки зрения регулирования соответствующих отношений посредством заключения различных соглашений.

Среди основных понятий, используемых в законе о процедуре медиации, в ст. 2 указаны три вида соглашений: соглашение о применении процедуры медиации; соглашение о проведении процедуры медиации; медиативное соглашение.

В связи с тем, что процедура медиации может применяться при урегулировании споров, возникающих из семейных правоотношений, названные соглашения могут быть отнесены к категории семейно-правовых договоров. Сторонами названных договоров могут быть любые субъекты семейных правоотношений, спор между которыми передан для урегулирования медиатору. Безусловно, участие в споре несовершеннолетних членов семьи влечет определенные особенности и порождает специфику в заключении соответствующих соглашений. На наш взгляд, этот вопрос заслуживает отдельного самостоятельного ис-

следования. В рамках настоящей статьи будет предпринята попытка классификации и характеристики соглашений, предусмотренных законом о процедуре медиации, как семейно-правовых договоров.

Во-первых, соглашение о применении процедуры медиации. Это соглашение сторон, заключенное в письменной форме до возникновения спора или споров (медиативная оговорка) либо после его или их возникновения, об урегулировании с применением процедуры медиации спора или споров, которые возникли или могут возникнуть между сторонами в связи с каким-либо конкретным правоотношением.

При этом ссылка в договоре на документ, содержащий условия урегулирования спора при содействии медиатора, признается медиативной оговоркой при условии, что договор заключен в письменной форме.

На наш взгляд, соответствующее условие может содержаться в брачном договоре, соглашении о разделе общего имущества супругов, соглашении о выплате алиментов, соглашении об определении места жительства общих несовершеннолетних детей и в других договорах, предусмотренных СК РФ. Поскольку названные и иные семейно-правовые договоры совершаются в письменной форме, включенная в их содержание медиативная оговорка будет иметь законную силу.

Во-вторых, соглашение о проведении процедуры медиации – соглашение сторон, с момента заключения которого начинает применяться процедура медиации в отношении спора или споров, возникших между сторонами.

Заметим, что проведение процедуры медиации начинается со дня заключения сторонами именно этого соглашения (ч. 4 ст. 7 закона о процедуре медиации). Таким образом, соглашение о применении процедуры медиации и медиативные оговорки в иных семейно-правовых договорах являются своеобразным предварительным договором субъектов семейных правоотношений.

Более того, анализируемый закон устанавливает специальные правила, касающиеся оферты и акцепта данного соглашения. Если одна из сторон направила в письменной форме предложение об обращении к процедуре медиации и в течение тридцати дней со дня его направления или в течение иного указанного в предложении разумного срока не получила согласие другой стороны на применение процедуры медиации, такое предложение считается отклоненным (ч. 5 ст. 7 закона о процедуре медиации).

При этом в оферте должны содержаться следующие сведения: о предмете спора; о медиаторе, медиаторах или организации, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации; о порядке проведения процедуры медиации; об условиях участия

сторон в расходах, связанных с проведением процедуры медиации; о сроках проведения процедуры медиации.

Вызывает интерес норма, содержащаяся в ч. 7 ст. 7 комментируемого закона. Речь идет о том, что предложение об обращении к процедуре медиации может быть сделано по просьбе одной из сторон медиатором или соответствующей организацией. При этом не называются ни основания, при наличии которых возможно такое обращение, ни условия правового признания такой просьбы.

Императивным является предписание о форме соглашения о проведении процедуры медиации – оно может быть заключено только в письменной форме. В то время как предложение об обращении к процедуре медиации может быть сделано в любой форме, в том числе и устной, но с оглашением вышеуказанных сведений.

В-третьих, медиативное соглашение – соглашение, достигнутое сторонами в результате применения процедуры медиации к спору или спорам, к отдельным разногласиям по спору и заключенное в письменной форме.

Это соглашение заключается в письменной форме и должно содержать сведения о сторонах, предмете спора, проведенной процедуре медиации, медиаторе, а также согласованные сторонами обязательства, условия и сроки их выполнения.

Заметим, что законодатель допускает возможность «усиления» юридической силы данного соглашения, если процедура медиации была проведена после передачи спора на рассмотрение суда. Медиативное соглашение может быть утверждено судом в качестве мирового соглашения в соответствии с процессуальным законодательством.

В-четвертых, соглашение о прекращении процедуры медиации. Заметим, что в ст. 2 анализируемого закона данное понятие не названо. Однако в ст. 14 среди иных обстоятельств, при наличии которых прекращается процедура медиации, указано соглашение о прекращении процедуры медиации без достижения согласия по имеющимся разногласиям.

Таким образом, предусмотренные законом о процедуре медиации соглашения могут быть отнесены к семейно-правовым договорам в следующих случаях:

- процедура медиации применяется для урегулирования спора, возникшего из семейных правоотношений, при этом спор не затрагивает права и интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации, или публичные интересы;

- между субъектами семейных правоотношений заключены соглашения, предусмотренные СК РФ, и в них содержатся медиативные

оговорки, либо имеет место самостоятельное соглашение о применении процедуры медиации;

– в предварительном соглашении и непосредственно в медиативном соглашении указан предмет спора, имеющий семейно-правовые основания, а в медиативном соглашении содержатся согласованные сторонами обязательства, связанные с реализацией семейных прав и обязанностей сторон.

С.А. Сулейманова

Дагестанский государственный университет

ПРОБЛЕМЫ УЧАСТИЯ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ ЛИЦ В КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЯХ

В соответствии с Концепцией развития гражданского законодательства Российской Федерации в круг отношений, регулируемых гражданским законодательством и определяющих его предмет (ст. 2 ГК), следует включить корпоративные отношения. Это, в известной мере условное, название охватывает достаточно четко обособившуюся группу интенсивно развивающихся отношений по созданию юридических лиц корпоративного типа, участию в них и связанным с таким участием обязательствам¹. Отнесение корпоративных отношений к предмету гражданско-правового регулирования ставит вопрос о возможности участия в данных правоотношениях такой категории лиц, как несовершеннолетние.

Признанное в Российской Федерации право граждан на занятие предпринимательской деятельностью, в том числе путем организации юридических лиц и участия в их деятельности предоставляет гражданину возможность активно участвовать в гражданском обороте и является гарантией стабильности этих возможностей. Каждый гражданин в соответствии с Конституцией РФ и ст. 18 ГК имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для осуществления любой не запрещенной законом экономической деятельности.

Необходимо отметить, что следствием предоставленной Конституцией РФ свободы объединения с другими гражданами для реализации и защиты их интересов (ст. 30) является возможность создавать юридические лица самостоятельно или совместно с другими гражданами и юридическими лицами. Посредством создания юридических лиц лица

физические могут реализовать свои возможности заниматься предпринимательской деятельностью. Эта деятельность может быть связана с объединением капиталов и лиц с целью получения материальной выгоды. Вместе с тем следует обратить внимание на то, что осуществление предпринимательской деятельности может быть и предпосылкой участия в организациях определенной формы. Так, полным товарищем в хозяйственном товариществе может быть либо коммерческая организация, либо физическое лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность на постоянной основе. Такой вывод следует из анализа п. 1 ст. 69 ГК РФ, согласно которому полным признается товарищество, участники которого в соответствии с заключенным между ними договором занимаются предпринимательской деятельностью от имени товарищества.

Возможность создавать юридические лица обусловлена определенными интересами физического лица. Создавая юридическое лицо, гражданин использует предоставленную ему возможность в выборе определенных средств для удовлетворения своей потребности в осуществлении конкретной деятельности в строго обозначенной форме. Посредством создания юридических лиц лица физические могут реализовать свои возможности заниматься определенной деятельностью. Эта деятельность может быть связана с объединением капиталов и лиц с целью получения материальной выгоды. Вопрос о способности создавать юридические лица самостоятельно или совместно с другими гражданами и юридическими лицами является весьма существенным при анализе проблемы правоспособности субъектов коммерческих организаций.

Учреждение юридического лица гражданином (либо несколькими лицами) связано с передачей принадлежащего собственнику имущества вновь создаваемому субъекту гражданских правоотношений (за исключением учреждений, которые только финансируются собственником). Для совершения таких действий необходимо обладание и правоспособностью, и дееспособностью, причем эти качества субъекта права возникают в данном случае одновременно. Несовершеннолетние, достигшие 14 лет, могут учреждать юридические лица с письменного согласия законных представителей. Учитывая, что опекун не вправе без предварительного разрешения органа опеки и попечительства совершать, а попечитель – давать согласие на совершение любых сделок, влекущих уменьшение имущества подопечного (абз. 1 п. 2 ст. 37 ГК РФ), напрашивается вывод о невозможности или значительных затруднениях, связанных с учреждением юридического лица через представителя. Кроме того, доходы подопечного, за исключением доходов, кото-

рыми подопечный вправе распоряжаться самостоятельно, расходуются опекуном или попечителем исключительно в интересах подопечного и с предварительного разрешения органа опеки и попечительства (п. 1 ст. 37 ГК РФ). Таким образом, учреждение юридического лица представляет собой действие личного характера, и поэтому совершенно справедливо отстранение несовершеннолетних, не достигших 14 лет от возможности выступать в качестве учредителей.

В соответствии с п. 2 ст. 26 ГК по достижении 16 лет несовершеннолетние вправе быть членами кооперативов. Способность обладать правом членства в некоторых организациях, в частности в производственных кооперативах, предполагает личное участие гражданина в совместной производственной или иной хозяйственной деятельности кооператива. Согласно п. 2 ст. 8 Закона “О производственных кооперативах” член кооператива обязан участвовать в деятельности кооператива личным трудом либо путем внесения дополнительного паевого взноса, минимальный размер которого определяется уставом кооператива². Очевидно, что указанный элемент правоспособности до достижения 16 лет не возникает.

Законодатель не указывает возраст, с достижением которого гражданин может стать участником хозяйственных товариществ. Однако правовой статус полных товарищей (необходимость заниматься предпринимательской деятельностью от имени товарищества и нести дополнительную ответственность своим имуществом) дает основание признать, что эти лица должны достичь возраста 14 лет и в связи с этим приобрести данный элемент правоспособности, а также обладать соответствующим возрасту объемом дееспособности.

Членство в акционерных обществах и обществах с ограниченной и дополнительной ответственностью так же, как правило, обусловлено наличием у гражданина как правоспособности, так и дееспособности. Акционер или вкладчик в хозяйственных обществах имеет возможность оказывать влияние на решения, принимаемые общим собранием. Для этого субъект должен обладать сформировавшейся волей, а этот момент законодатель связывает с дееспособностью. Но дееспособность предполагает наличие правоспособности, которая и в данном случае возникает не в момент рождения, а с достижением предусмотренного законом возраста (как минимум 14 лет).

В случае когда несовершеннолетний занимается предпринимательской деятельностью, создавая коммерческие организации и участвуя в их деятельности, предполагается его самостоятельная деликтная ответственность. Поскольку эта деятельность осуществляется на свой риск, было бы нелогичным возложение субсидиарной ответственности

на законных представителей. Кроме того, несовершеннолетний, участвующий в деятельности некоторых юридических лиц (например в полном товариществе, в производственном кооперативе), сам становится субъектом субсидиарной ответственности по обязательствам данного юридического лица.

Таким образом, участие гражданина в создании и деятельности юридических лиц обусловлено достижением определенного возраста (14 или 16 лет) и одновременным возникновением отдельных элементов содержания правоспособности и дееспособности. Представляется, что и его самостоятельная гражданско-правовая ответственность обусловлена этими факторами.

Рассмотренные выше положения гражданского законодательства дают основания для вывода о том, что отдельные элементы содержания гражданской правоспособности возникают и реализуются не в момент рождения человека, а по достижении им определенного возраста и при наличии у него соответствующего объема дееспособности.

Таким образом, возможность создавать коммерческие организации и участвовать в их деятельности предполагают одновременное существование соответствующих элементов правоспособности и дееспособности у несовершеннолетнего.

¹ См. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации» (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009г.) // СПС «Консультант плюс» Версия Проф. Март 2010 г.

² О производственных кооперативах: Федеральный закон от 8 мая 1996 года №41-ФЗ (ред. От 19.07.2009) // Собрание законодательства РФ. 1996. №20. Ст.2321. Российская газета. 2009. 22 июл.

Т.И. Султанова

Российско-Таджикский (славянский) университет

К ВОПРОСУ ОБ ОБОСНОВАННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ТЕРМИНА «УБЫТКИ» В ОПРЕДЕЛЕНИИ РИСКА

Некоторые авторы, характеризуя риск, используют термин убытки в его определении. Так, О.А. Красавчиков полагал, что под несением риска необходимо понимать принятие на себя в соответствии с законом

наступление в результате случайных обстоятельств возможных убытков¹. Д.А. Архипов, определяя понятие риска в договорном обязательстве, понимает под ним «вероятность некомпенсируемых за счет другой стороны обязательства убытков и иных расходов, условием возникновения которых не является вина лица, на чью имущественную сферу они будут отнесены в силу закона или договора»². Даже российский законодатель под предпринимательским риском понимает риск убытков от предпринимательской деятельности из-за нарушения своих обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий этой деятельности по не зависящим от предпринимателя обстоятельствам, в том числе риск неполучения ожидаемых доходов (ст. 929 ГК РФ).

На наш взгляд, такое использование термина «убытки» в определениях риска является некорректным, поскольку убытки в правовом понимании находятся в тесной связи с правонарушением. Именно такой подход к убыткам утвердился в науке гражданского права. Так, Д.И. Мейер указывал, что «каждое право, рассматриваемое в области гражданского права как право имущественное, имеет известную ценность, которая вследствие правонарушения уменьшается или даже уничтожается, и это-то уменьшение или уничтожение ценности права называется ущербом или убытком»³. О.С. Иоффе определяет убытки как последствия, вызываемые неправомерным поведением и неразрывно связывает их с понятием гражданской ответственности, в частности, он пишет, что «убытки как категория гражданско-правовой ответственности есть вызываемые неправомерным поведением отрицательные последствия в имущественной сфере потерпевшего»⁴. Л.А. Лунц понимал под убытками денежную оценку ущерба, который причинен неправым должником, делинквентом⁵.

Аналогичный подход к убыткам отражается и в юридической литературе последних лет. К примеру, С.Л. Дегтярев отмечает, что имущественные потери будут соответствовать понятию убытков, если они понесены вследствие правонарушения и установлены таковыми судом или иным юрисдикционным органом⁶. Н.Д. Егоров понимает под убытками те отрицательные последствия, которые наступили в имущественной сфере потерпевшего в результате совершенного против него правонарушения⁷.

Можно приводить неимоверное количество высказываний на счет правового понимания убытков и в любом из определений убытки будут подразумевать под собой неблагоприятные последствия для по-

терпевшего, возникшие в результате неправомерного поведения правонарушителя.

Однако термин «убытки» используется не только в правовой, но и в экономической науке, где рассматриваемая дефиниция имеет несколько иное понятие. Убытки как экономическая категория не обязательно возникают в результате правонарушения⁸, в экономическом смысле под убытками понимаются «все потери в имуществе независимо от породивших их причин»⁹, убытки - это «выраженные в денежной форме потери, уменьшение материальных и денежных ресурсов в результате превышения расходов над доходами»¹⁰.

Именно существование такого широкого понимания убытков породило мнение, что данная категория при использовании ее правовой наукой и законодательством необязательно должна являться следствием неправомерного поведения какого-либо лица и термин «убытки» может использоваться в праве, будучи не являясь связанным с правонарушением. В частности, такого мнения придерживается О.И. Кучерова¹¹.

На наш взгляд, такое отношение к убыткам является ошибочным. Не убеждает и приведенный О.И. Кучеровой¹² факт, что гражданское законодательство неоднократно употребляет слово «убытки» применительно к имущественным потерям, обусловленным не правонарушением, а правомерными действиями субъектов гражданского права¹³. Как справедливо по этому поводу отозвался В.А. Хохлов, хотя слово «убытки» и проникло в тексты нормативных актов с иным значением, как разновидность каких-либо экономических убытков, но факт небрежного или неудачного составления норм права еще не аргумент того, чтобы признавать корректным употребление термина «убытки» в широком смысле¹⁴.

О.И. Кучерова сама приводит цитату Н.А. Власенко о том, что «правовыми являются все термины, которые выражают понятия, употребляемые в тексте законов и иных нормативно-правовых актов»¹⁵. Но, как верно подчеркнул А.С. Пиголкин, не всякое слово, употребляемое в нормативном акте, является правовым термином¹⁶. Юридический термин с предельной точностью должен выражать то или иное правовое понятие и обладать устойчивостью, а также однозначностью¹⁷. Он должен обозначать строго определенное понятие, ограниченное точными пределами и рамками. На это указывают общие правила юридической техники, разработанные еще В.Д. Катковым, П.И. Люблинским, Н.С. Таганцевым, одной из основных задач которой является обеспечение внутренней согласованности правовой системы.

Основные требования, которые предъявляются юридической техникой к стилю и языку нормативных правовых актов, выражаются, в том числе, в необходимости использования в тексте закона терминов с четким и строго очерченным смыслом, употребления слов и выражений в прямом и непосредственном их значении. Одним из требований, предъявляемых к использованию юридических терминов, является их однозначность, означающая, что один и тот же термин должен употребляться в том или ином нормативном правовом акте только в одном значении. А несоблюдение данного требования говорит лишь об уровне юридической техники, который является, как пишет С.С. Алексеев, одним из показателей уровня юридической культуры в стране¹⁸. Ведь нарушение структурно-композиционного построения ведет к противоречивости и неясности правовых актов, что создает благоприятные возможности для различных манипуляций с ними и в конечном итоге – к снижению уровня законности и правопорядка¹⁹. «Юрист, как юрист, не обязан, конечно, быть филологом. Но, если мыслить, как говорил Кант, значит говорить с самим собою, и если, не умея выражать точно своих понятий, мы не можем сделаться понятными ни себе самим, ни другим, – очевидно, что вопрос о языке науки, о ее терминах, становится перво-степенным. Не решив этого вопроса, мы не можем сделать ни одного надежного шага в какой-либо отрасли философии. Если мы мыслим словами, мы должны подобрать подходящие слова»²⁰.

В гражданском законодательстве дается легальное определение убытков, которое отражает устоявшийся подход к убыткам, как расходам, вызванным неправомерными действиями определенного лица²¹. И использование в том же гражданском законодательстве термина убытков в ином значении говорит о качественной стороне закона.

Итак, убытки имеют тесную связь с правонарушением, а поэтому употребление этого термина в определениях риска попросту некорректно, поскольку вероятные потери (ведь именно этот смысл передает используемый в определениях риска термин «убытки») могут наступить и в результате правомерных действий как самого рискующего, так и иного лица.

Между тем следует отметить, что отечественный законодатель в определении понятия предпринимательского риска обошел использование термина убытки, заменив словосочетание «риск убытков» на словосочетание «риск неполучения ожидаемых доходов».

¹ См.: Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М.: Госюриздат, 1966. С. 144, 145.

- ² *Архинов Д.А.* Распределение риска в договорном обязательстве с участием предпринимателей (опыт построения рациональной юридической конструкции): дис. ... магистра частного права. М., 2004. С. 76–77.
- ³ *Мейер Д.И.* Русское гражданское право: в 2 ч. Ч. 1. По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. М.: Статут, 1997. С. 216.
- ⁴ *Иоффе О.С.* Ответственность по советскому гражданскому праву // Избранные труды: в 4 т. Т. I. Правоотношения по советскому гражданскому праву. СПб., 2003. С. 145.
- ⁵ См.: *Новицкий И.Б., Луиц Л.А.* Общее учение об обязательствах. М.: Юридическая литература, 1950. С. 365.
- ⁶ См.: *Дегтярев С.Л.* Возмещение убытков в гражданском и арбитражном процессе. М.: Волтерс Клувер, 2003. С. 8.
- ⁷ См.: *Гражданское право: учебник. Т. 1 / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого.* 4-е изд., перераб. и доп. М.: ПБОЮЛ Л.В. Рожников, 2000. С. 535.
- ⁸ См.: *Советское гражданское право. Т. 1. М.: Высшая школа, 1968. С. 484.*
- ⁹ *Советское гражданское право: учебник / отв. ред. В.П. Грибанов, С.М. Корнев.* М., 1979. С. 523.
- ¹⁰ *Новый экономический и юридический словарь / под ред. А.Н. Азрилияна.* М.: Институт новой экономики, 2003. С. 932.
- ¹¹ См.: *Кучерова О.И.* К вопросу о делении убытков на юридические и экономические // *Арбитражный и гражданский процесс.* 2006. № 8. С. 8.
- ¹² См.: *Указ.соч.* С. 9.
- ¹³ Следует отметить, что в Гражданском кодексе Республики Таджикистан также не соблюдается однозначность в смысловом понимании убытков, что подтверждает двойность использования данного термина: в качестве последствий правонарушения (ст. 15,) и имущественных потерь в широком смысле.
- ¹⁴ См.: *Хохлов В.А.* Гражданско-правовая ответственность за нарушение договора: дис. ... док. юрид. наук. Самара, 1998. С. 222.
- ¹⁵ *Власенко Н.А.* Язык права. Иркутск, 1997. С. 155.
- ¹⁶ *Пиголкин А.С.* Подготовка проектов нормативно-правовых актов. М.: Юридическая литература, 1968. С. 153.
- ¹⁷ См.: *Законодательная техника / под ред. Ю.А. Тихомирова.* М., 2000. С. 81.
- ¹⁸ См.: *Алексеев С.С.* Общая теория права: в 2 т. Т. 2. М., 1981. С. 270.
- ¹⁹ *Денисов Г.И.* Юридическая техника: теория и практика // *Журнал российского права.* 2005. №8.
- ²⁰ *Катков В.Д.* К анализу основных понятий юриспруденции. Харьков, 1903. С. 72.
- ²¹ Определение убытков в Гражданском кодексе Республики Таджикистан соответствует аналогичному определению, данному в Гражданском кодексе Российской Федерации.

ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ БЕЗАКЦЕПТНОГО СПИСАНИЯ ДЕНЕЖНЫХ СРЕДСТВ С БАНКОВСКИХ СЧЕТОВ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

Определение значения и правовой природы безакцептного (беспорного) списания денежных средств с банковских счетов на сегодняшний день является затруднительным. По поводу решения этой проблемы существуют различные точки зрения.

Безакцептное (беспорное) списание денежных средств является предметом регулирования различных отраслей права: гражданского, предпринимательского, банковского, финансового, налогового, таможенного. Но ни одна отрасль не дает легального определения данному институту. В гражданском праве достаточно часто понятие безакцептного (беспорного) списания денежных средств подменяют понятием списание денежных средств, находящихся на счете, без распоряжения клиента, которое содержится в ч. 2 ст. 854 Гражданского кодекса РФ. Согласно данной статье без распоряжения клиента списание денежных средств, находящихся на счете, допускается по решению суда, а также в случаях, установленных законом или предусмотренных договором между банком и клиентом. То есть банк и клиент могут в договоре закрепить возможность безакцептного списания денежных средств либо данное право может быть предусмотрено законом.

Понятия безакцептное и беспорное списание в большинстве отраслей права отождествляются. Они действительно очень схожи между собой, но существуют и определенные различия.

Согласно п. 8.2 Положения о безналичных расчетах в Российской Федерации расчеты по инкассо осуществляются на основании платежных требований, оплата которых может производиться по распоряжению плательщика (с акцептом) или без его распоряжения (в безакцептном порядке), и инкассовых поручений, оплата которых производится без распоряжения плательщика (в беспорном порядке). То есть списание денежных средств в безакцептном и беспорном порядке осуществляется на основании различных расчетных документов.

Как правило, в публичных правоотношениях используют категорию беспорное списание. То есть это списание банком денежных

средств со счета клиента по поручению государственных органов. Безакцептное списание при этом рассматривается как требование третьих лиц к банку о списании денежных средств со счета клиента. Согласно данной точке зрения, безакцептное списание вытекает из договорных отношений.

В литературе существуют различные точки зрения о значении безакцептного (беспорного) списания.

Одна из них заключается в том, что поскольку основанием для применения безакцептного (беспорного) списания денежных средств является неисполнение или ненадлежащее исполнение должником своих обязательств, то юридическим фактом применения безакцептного (беспорного) списания является правонарушение. В этом смысле безакцептное (беспорное) списание совпадает со способами защиты гражданских прав. И данный институт может быть отнесен к мерам оперативного воздействия.

Существует мнение, что безакцептное (беспорное) списание можно рассматривать как способ обеспечения исполнения обязательств. Данная точка зрения представляет особый интерес. Перечень способов обеспечения обязательств, закрепленный в гл. 23 ч. 1 Гражданского кодекса РФ, не является исчерпывающим. Допускается использование других способов обеспечения, предусмотренных законом или договором, которые не содержатся в ст. 329 ГК РФ. В связи с этим в теории и на практике ведутся активные споры о том, какие именно средства и способы могут быть отнесены к иным (непоименованным) способам обеспечения.

В современных условиях все более актуальным является создание новых способов обеспечения, которые были бы действенны и эффективны в гражданском обороте, в части надлежащего исполнения обязательств, и в то же время отвечали требованиям действующего законодательства.

Проблема состоит в том, что из-за отсутствия четкого определения способов обеспечения исполнения обязательств, невозможности выделить их общие, обязательные признаки, функции, возникают сложности с отнесением тех или иных правовых конструкций, средств к способам обеспечения исполнения обязательств. В последнее время наблюдается тенденция к расширению перечня средств, которые можно отнести к таким способам. При этом некоторые признаки, которые долгое время в науке гражданского права характеризовали способы обеспечения исполнения обязательств, теряют свою актуальность. Так, снижается значение признака стимулирующего воздействия способов обеспечения.

Стоит отметить, что практика идет по пути увеличения количества способов обеспечения обязательств. Однако некоторые вновь возникающие способы обеспечения не согласовываются с нормами действующего законодательства. Так происходит и с безакцептным списанием денежных средств со счетов в банках.

Данная мера направлена на обеспечение взыскания с должника кредитором денежных средств без обращения последнего в суд.

Реализуя право безакцептного списания, кредитор приобретает возможность удовлетворить свои требования за счет денежных средств на счете заемщика без акцепта после наступления срока платежа.

Безусловно, у данного способа есть ряд недостатков. Это связано с тем, что во многих случаях при неисполнении должником своих обязательств у него на счете, как правило, отсутствуют денежные средства. Но при этом у кредитора есть гарантия того, что при появлении у должника на счете денежных средств они будут списаны в пользу кредитора. То есть должник утрачивает возможность пользоваться своим счетом до момента исполнения обязательства перед кредитором.

На практике существуют проблемы, связанные с порядком осуществления безакцептного списания денежных средств со счетов в банках.

В частности, не до конца урегулирован вопрос о форме соглашения о безакцептном списании денежных средств со счетов, споры ведутся и по сторонам этого соглашения. Наиболее обоснованным является то, что помимо должника и кредитора соглашение должно быть подписано и со стороны банка. При этом в договоре банковского счета или в дополнительном соглашении к нему должно быть обязательно предусмотрено право на безакцептное списание денежных средств с банковского счета клиента, а также владелец счета должен предоставить в банк необходимую информацию о взыскателе. То есть в данном случае недобросовестный должник может уклониться от исполнения данной обязанности и тем самым сделать невозможным безакцептное списание.

Не до конца решенным остается вопрос о праве (обязанности) банка проверять, при поступлении платежного требования от кредитора, обоснованность требований последнего. В связи с этим на практике возникают проблемы. При этом кредиторы могут злоупотреблять правом на безакцептное списание.

При рассмотрении безакцептного списания в качестве способа обеспечения возникают сложности, связанные с тем, что при заключении соглашения о безакцептном списании у должника остается право расторгнуть договор банковского счета и открыть счет в другом банке, что повлечет за собой невозможность безакцептного списания. Кроме

того, в договор банковского счета могут быть внесены изменения, запрещающие безакцептное списание денежных средств со счета.

Согласно п. 1 ст. 847 ГК РФ права лиц, осуществляющих от имени клиента распоряжение о перечислении и выдаче средств со счета, удостоверяются клиентом путем представления банку документов, предусмотренных законом установленными с ним банковскими правилами и договором банковского счета. При открытии расчетного счета оформляется банковская карточка с образцами подписей лиц, имеющих право распоряжаться от имени организации денежными средствами на счете, и оттиска печати организации. Законодательство не предусматривает оформления банковской карточки с образцами подписей на кредитора, что может повлечь неблагоприятные последствия, в частности исполнение требования, подписанного неуполномоченным лицом.

На практике при использовании безакцептного списания возникает и ряд других проблем.

При урегулировании, на законодательном уровне, рассмотренных спорных вопросов у безакцептного списания есть потенциал стать полноценным эффективным способом обеспечения исполнения обязательств.

С.Н. Тагаева

Российско-Таджикский Славянский университет

ОТЛИЧИТЕЛЬНЫЕ ОСОБЕННОСТИ СЕМЕЙНО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Семейно-правовая ответственность как институт семейного права имеет свои особенности, которые связаны с замкнутостью данной отрасли.

Так, в семейных отношениях субъект, нарушивший право другого члена семьи несет, прежде всего, личные, а не имущественные лишения, поскольку в рамках семьи преобладают неимущественные отношения, связанные с созданием семьи на основе взаимного уважения, продолжением рода, воспитанием детей, с заботой о нетрудоспособных членах семьи. Имущественные отношения играют производную роль и могут реализовываться в рамках гражданского права. В.А. Рясенцев писал, что «специфика семейных отношений обусловила и особый характер, санкций, предусмотренных в семейно-правовых нормах и служащих целям защиты семейных прав»¹. То есть специфика семейно-

правовой ответственности заключается в том, что в них преобладают санкции личного характера. Например, при лишении родительских прав родители, прежде всего, утрачивают право на общение с ребенком, его воспитание и образование. Здесь преобладают такие санкции, как истребование ребенка по суду, лишение родительских прав, признание брака недействительным, отмена усыновления, отстранение опекуна от исполнения обязанностей и др. Правонарушитель лишается права или несет иные неблагоприятные последствия своего виновного противоправного поведения. Так, при нарушении личных неимущественных прав пресекаются действия, нарушающие право или создающие угрозу его нарушения, изменяются или прекращаются семейные правоотношения. Например, основанием для отмены усыновления как меры семейно-правовой ответственности является уклонение усыновителей от выполнения возложенных родительских обязанностей, злоупотребление родительскими правами, жестокое обращение с усыновленным ребенком, хронический алкоголизм и наркомания усыновленного. Что касается нарушения имущественных прав, то в отношении них применяются нормы, характерные для гражданско-правовой ответственности. Так, основанием для признания брачного договора недействительным может явиться ограничение правоспособности или дееспособности супруга; его прав на обращение в суд за защитой своих прав; регулирование личных неимущественных отношений между супругами, личных прав и обязанностей супругов в отношении детей; содержание положений, ограничивающих право нетрудоспособного нуждающегося супруга на получение содержания и содержание других условий, которые ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение или противостоят общим началам и смыслу семейного законодательства, и другие основания, которые предусмотрены Гражданским кодексом Республики Таджикистан и Российской Федерации для недействительности сделок.

Также для норм семейного законодательства более характерен принцип императивности, поэтому семейные отношения должны регулироваться так, как записано в законе, и никак иначе. Реализация соответствующих прав и обязанностей и обязанность государственных органов применить указанные в законе последствия в случае ненадлежащего исполнения или неисполнения, а также осуществления прав исполняется в рамках императивных норм. Применение к семейным отношениям императивного метода определяется тем, что их регулирование во многом носит публичный характер. Обязанности, исполнение которых имеет не только личное, но и общественное значение, подлежат безусловному исполнению при наличии требований со стороны лица, заинтересованного в их исполнении. Конечно, это не означает, что

в семейном праве отсутствуют диспозитивные нормы. Это не так. Императивность требования об исполнении обязанности сочетается с диспозитивностью правила об осуществлении соответствующего ей права. Например, обязанности уплачивать алименты на детей корреспондирует право на воспитание родителя, уплачивающего данные средства. Диспозитивные начало ярко проявляются в возможности заключения брачного договора, соглашения об уплате алиментов и др. В свою очередь, императивный характер имеют институты брачных отношений, отношений между родителями и детьми, а также нормы, определяющие применение мер семейно-правовой ответственности и защиты, где регулирование без властных предписаний невозможно.

В семейном праве есть общественные отношения, при реализации которых существенно затрагиваются важные общественные интересы, но соотношении их с личными таково, что реализация прав и обязанностей отдается на усмотрение самих участников правоотношения, от чего зависит их обеспечение. Например, супруга имеет право на получение алиментов, если она нетрудоспособна, беременна, осуществляет уход за общим ребенком в возрасте до 3 лет или осуществляет уход за общим ребенком-инвалидом до достижения им возраста восемнадцати лет или за общим ребенком-инвалидом с детства первой группы. То есть супруга может воспользоваться своим правом, требуя выплаты ей алиментов, а может отказаться от них либо вообще бездействовать. Реализация ее прав зависит от ее действий. А за уклонение от выплаты алиментов со стороны супруга уже может наступить ответственность.

Важной особенностью семейно-правовой ответственности является то, что она может применяться только по отношению к членам семьи и не может применяться по отношению к третьим лицам. Областью возможного применения семейно-правовой ответственности являются неимущественные и связанные с ними имущественные отношения, возникающие из брака, родства, усыновления, принятия детей на воспитание в целях создания семьи. Она может применяться к брачным, родительским отношениям и отношениям, приравненным к ним, а также к иным отношениям, складывающимся в рамках семьи. Права и обязанности, вытекающие из семейных отношений, непередаваемы, поэтому родители не могут передать свои права по воспитанию другим лицам или снять с себя ответственность за их воспитание. Так, лица, не участвующие в семейных отношениях, могут мешать осуществлению семейных прав и за них наступает не семейно-правовая, а административная либо в уголовная ответственность. Также «ответственность в семейных отношениях всегда вытекает из уже существующего правоотношения и не может быть результатом поведения лиц, не участвующих в нем»².

Следовательно, семейно-правовая ответственность имеет строго индивидуальный характер.

Что касается оснований ее возникновения, то в отличие от гражданско-правовой ответственности, для которой характерно наличие таких оснований, как противоправное поведение, вина, наличие вреда (ущерба) и причинной связи между ними, то для семейно-правовой ответственности обязательным является наличие двух элементов состава правонарушения: противоправного поведения субъекта семейных правоотношений и его вина.

Противоправное поведение может проявляться как в действии, так и в бездействии или содержит в себе и действие и бездействие. Например, действие может выражаться в жестоком обращении с ребенком, в качестве бездействия можно признать оставление ребенка в родильном доме; сочетанием действия и бездействия можно признать то, что родители не выполняют свои обязанности и злоупотребляют родительскими правами.

Вина как психическое отношение лица к своему противоправному поведению и его результату является вторым необходимым основанием семейно-правовой ответственности. Именно ее наличие отличает семейно-правовую ответственность от мер защиты. Так, родитель может страдать психическим заболеванием и не по зависящим от него причинам может причинить вред ребенку, поэтому суд может отобрать ребенка без лишения родителей родительских прав, если оставление ребенка с ним опасно для несовершеннолетнего по причинам, не зависящим от них обстоятельствам. В данном случае отсутствует вина родителя, поскольку он не в состоянии оценить свои действия и их результат в силу своего заболевания.

Наличие вреда или ущерба не всегда обязательно для наступления семейно-правовой ответственности. Вред актуален в случаях, когда участники семейных правоотношений испытывают материальные и моральные (нравственные) страдания. То есть семейно-правовая ответственность имеет место даже при возникновении опасности причинения вреда или ущерба.

В случаях, когда имущественный и моральный вред включается в состав семейного правонарушения, требуется наличие причинно-следственной связи между противоправным поведением и наступившим вредом. Так, жестокое обращение с ребенком, постоянные побои могут привести к причинению вреда здоровью, а также вызвать нравственные страдания ребенка. В данном случае существует причинная связь между противоправными действиями родителя (или лица его заменяющего) и наступившим вредом.

Спецификой семейно-правовой ответственности является то обстоятельство, что инициатива в применении норм ответственности по семейному праву может исходить как от другого участника семейных отношений, так и от государства в лице его органов, например, органа опеки и попечительства или прокурора. Часто вопрос о применении или неприменении норм ответственности зависит от воли того участника правоотношения, чьи права нарушены, так как семейные отношения имеют строго личный характер. Поэтому мы считаем не совсем верным высказывание Н.Ф. Звенигородской, которая считает, что «в отличие от гражданско-правовой ответственности, для которой характерным является принцип автономии воли кредитора, в семейном праве инициатива в применении семейно-правовой ответственности исходит не от другого участника правоотношения...»³. Вопрос о применении или неприменении норм об ответственности составляет правомочие субъектов семейных отношений. Поэтому нам близка позиция Е.М. Ворожейкина, который отмечает, что «в семейных отношениях часто только непосредственный участник правоотношения знает, как нужно поступить в данном конкретном случае, чтобы не нарушить нормального развития правоотношения или сохранить его в будущем»⁴.

Отличительным свойством семейно-правовой ответственности является переплетение норм права и других социальных норм, в частности, морали. Так, нуждающиеся нетрудоспособные дед и бабушка в случае невозможности получения содержания от своих совершеннолетних трудоспособных детей или супругов (бывшего супруга) имеют право требовать в судебном порядке получения алиментов от своих трудоспособных совершеннолетних внуков, обладающих необходимыми для этого средствами. В данном случае имеется правовая обязанность лица, являющегося алиментобязанным, а также моральная обязанность перед обществом содержать своих нетрудоспособных деда и бабушку. Уклонение от этой обязанности осуждается не только религией, моралью, но и правом.

¹ Советское семейное право / под ред. В.А. Рясенцева. М.: Юридическая литература, 1971. С. 14.

² Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М.: Юридическая литература, 1972. С.268.

³ Звенигородская Н.Ф. Правовая природа ответственности по договорам, предусмотренным семейным законодательством // Электронная система «Консультант Плюс»

⁴ Ворожейкин Е.М. Указ. раб. С. 264.

Н.А. Темникова

Омский государственный университет

ГОСУДАРСТВЕННАЯ РЕГИСТРАЦИЯ ЗАКЛЮЧЕНИЯ БРАКА

Государственная регистрация браков органами ЗАГС в нашей стране, как известно, существует с 1918 г. До Декрета «О гражданском браке, о детях и о ведении книг актов гражданского состояния» от 18.12.1917 г. регистрация браков, рождений и смертей производилась приходским духовенством, которое вело метрические книги. Некоторой особенностью отличались браки раскольников, записи о которых с 1871 г. производились полицейскими управлениями или волостными правлениями.

За более чем 90 лет произошло немало позитивных изменений законодательства о регистрации актов гражданского состояния. Однако следует отметить и наличие ряда проблем, которые до сих пор не нашли своего решения, в том числе связанных с процедурой подачи заявления о заключении брака.

Отношения по регистрации актов гражданского состояния в науке относят к организационным (процедурным). Следует различать отношения между самими лицами, вступающими в брак, и их отношения с органом ЗАГС.

Соответственно классификации, данной О.А. Красавчиковым, с момента подачи заявления о регистрации брака между лицами, вступающими в брак, возникает организационно-предпосылочное отношение, целью которого является регистрация брака и возникновение брачного правоотношения. Основаниями для его возникновения являются наличие взаимного добровольного соглашения о вступлении в брак, достижение брачного возраста и соблюдение процедуры, предусмотренной законом.

Правовая процедура регистрации брака представляет собой нормативно-установленный порядок осуществления юридической деятельности, обеспечивающий реализацию материальных норм семейного права и возникновение, изменение прекращение основанных на них имущественных и неимущественных правоотношений.

© Темникова Н.А., 2010

Эта процедура включает в себя этапы реализации, установленные нормами ФЗ «Об актах гражданского состояния». Этапами регистрации брака, которые последовательно сменяют друг друга, являются: 1) подача заявления; 2) составление актовой записи о регистрации брака.

Назначение этапа подачи заявления состоит в следующем: 1) подтверждение взаимного добровольного согласия на регистрацию брака; 2) декларирование и документальное подтверждение отсутствия обстоятельств, препятствующих заключению брака; 3) сообщение и документальное подтверждение необходимых для составления актовой записи сведений о лицах, вступающих в брак (ст. 26 ФЗ «Об актах гражданского состояния»); 4) назначение даты и времени регистрации заключения брака.

В современном российском законодательстве последствием подачи заявления является назначение даты регистрации (если брак в силу особых обстоятельств не заключается в день подачи заявления в соответствии со ст. 11 СК РФ). В отличие от законодательства ряда зарубежных стран в России отсутствует институт помолвки, и правовых отношений между лицами, желающими вступить в брак, с момента подачи заявления не возникает. Можно говорить лишь о действиях, носящих организационный характер и направленных на возникновение брачного правоотношения. Цель их – выявление всех необходимых для регистрации брака сведений, а также предоставление срока (за исключением случаев, когда регистрация производится в день подачи заявления) на обдумывание и подготовку свадебного торжества.

По мнению Н.А. Матвеевой, после принятия заявления о регистрации брака возникают односторонние обязательства органа ЗАГС при наличии условий и отсутствии препятствий к заключению брака юридически оформить отношения мужчины и женщины, которые по отношению к ЗАГСу и друг другу (кроме моральных) никаких обязанностей не несут, имея при этом лишь соответствующие права (См.: Матвеева Н.А. Сравнительное брачное право России, Украины и Беларуси. М., 2008. С. 71). Вряд ли можно использовать понятие обязательства в этом случае. Орган ЗАГС в этом случае действует в пределах своих полномочий, и *обязанность* зарегистрировать брак возникает на основании закона. Юридический факт, который является основанием возникновения этой обязанности, – обращение граждан в орган ЗАГС.

Рассмотрим более подробно требования, предъявляемые законодателем к рассматриваемому этапу реализации процедуры регистрации брака. Подача заявления о заключении брака предполагает личную явку хотя бы одного из лиц, вступающих в брак. Если одно из лиц лично не может явиться в орган ЗАГС, волеизъявление оформляется отдельными

заявлениями. Подпись этого лица должна быть нотариально удостоверена. Поскольку подача заявления – действие, носящее предварительный характер, насколько целесообразно сохранение существующей ситуации, когда невозможно представление заявлений через представителя? Часто регистрация брака производится по месту жительства родителей, что связано с тем, что именно они, как правило, несут финансовые затраты, и личная явка одного из вступающих в брак может привести к дополнительным расходам.

СК Украины в п. 3 ст. 28 предусматривает, что если женщина и (или) мужчина не могут по уважительным причинам лично подать заявление о регистрации брака в орган ЗАГС, нотариально удостоверенное заявление могут подать их представители. Полномочия представителя должны быть нотариально удостоверены.

Думается, подобное правило целесообразно предусмотреть и в российском законодательстве. Такая возможность не противоречит личному характеру самой регистрации брака, поскольку подача заявления имеет организационное значение, нотариус, удостоверяя подпись под заявлением, должен проверить наличие подтверждающих документов, а также наличие добровольного согласия на заключение брака, доверенность также должна быть *de lege ferenda* нотариально удостоверена.

Пробельной является и ситуация, когда в брак желает вступить лицо, которое по причине физических недостатков, болезни, неграмотности не может лично подписаться под заявлением и в актовой книге. ФЗ «Об актах гражданского состояния» (ст. 26) не содержит правил, позволяющих подать заявление о регистрации брака в таком случае, напротив, как обязательное требование указывается наличие подписи под заявлением (лица, вступающие в брак, подписывают совместное заявление, подпись лица, не имеющего возможности явиться в ЗАГС, должна быть нотариально удостоверена). Отсюда можно сделать вывод о необходимости личной подписи под заявлением. Возможность применения по аналогии правила п. 3 ст. 160 ГК РФ в этом случае спорна, поскольку, как уже указывалось ранее, подача заявления о регистрации брака не является сделкой (основанием для возникновения правоотношения), а имеет организационные последствия.

Отсутствие возможности подписи заявления рукоприкладчиком создает затрудненность, а порою и невозможность регистрации брака с лицом, которое по объективным причинам не может собственноручно подписаться под заявлением. Представляется целесообразным непосредственно в законе предусмотреть возможность подписания заявления рукоприкладчиком в случаях, когда лицо не может подписаться

собственноручно. Подпись рукоприкладчика должна быть засвидетельствована нотариусом либо руководителем органа ЗАГС.

При подаче заявления назначается дата регистрации брака. В России *de jure* не предусмотрена возможность отложения регистрации, *de facto* же перенос регистрации возможен по согласованию со служащим органа ЗАГС. Исходя из наличия организационной возможности переноса регистрации брака, что подтверждается и правоприменительной практикой, следует непосредственно в ФЗ «Об актах гражданского состояния» предусмотреть, что по уважительным причинам регистрация брака может быть отложена.

Возможность переноса регистрации брака существует, например, в Беларуси, где Инструкцией «О порядке совершения записей актов гражданского состояния» (утв. Постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь 31.07.2000 № 16) допускается перенос дня и времени регистрации брака по просьбе лиц, вступающих в брак, если по уважительным причинам они не могут явиться в орган ЗАГС в день регистрации брака. Причина неявки признается уважительной либо неуважительной руководителем органа ЗАГС.

СК Украины по-иному регулирует такую ситуацию, предусматривая, что заявление о регистрации брака теряет действие по истечению трех месяцев со дня его подачи (п.4 ст. 28 СК Украины). Полагаем, что наличие подобного правила желательно и в российском законодательстве.

Представляется, что предлагаемые изменения не затрагивают основных принципов государственной регистрации заключения брака. Их цель – снять ненужные ограничения, которые до сих пор существуют в законодательстве, а также устранить пробелы, которые создают препятствия заключению брака в ряде случаев.

А.В. Тихомирова

Южно-Уральский государственный университет

ГОСТИНИЧНЫЕ УСЛУГИ

На законодательном уровне отсутствует определение гостиничной услуги. В науке предметом исследования услуга, как правило, выступает как общая категория.

Гражданский кодекс РФ¹ относит услугу к объектам гражданских прав (ст. 128 ГК РФ). Услуги, не будучи собственно имуществом, как и

любой объект гражданских прав, имеют определенную имущественную ценность, т.е. выступают в экономическом обороте как некое благо и обладают определенной потребительной стоимостью. Для них характерны следующие признаки: неовещественный результат, т.е. неосвязаемость, неотделимость от источника, тесная связь с личностью исполнителя; синхронность оказания и получения услуги; моментальность потребления; несохраняемость, невозможность хранения и накапливания услуг впрок; неустойчивость качества услуг; невозможность исполнителем гарантировать результат услуги; эксклюзивность услуг, которая выражается в их неоднородности и изменчивости и др.²

По функциональному назначению выделяют социально-культурные³ услуги, которые в юридической литературе называют личными. Для них характерно то, что они непосредственно не участвуют в приращении капитала и непосредственно направлены на личность услугополучателя, способны воздействовать на его состояние. Это, в свою очередь, влечет за собой убытки, носящие, как правило, моральный характер⁴.

В системе личных услуг находятся и гостиничные услуги. Для них характерны признаки, свойственные всем услугам, а так же признаки, присущие только гостиничным услугам.

Рассмотрим общие признаки услуг на примере гостиничных услуг:

1) неосвязаемость, невозможность описания услуги или измерения, а также невозможность проверки ее качества, так как ее «... невозможно увидеть, попробовать на вкус, услышать или понюхать до момента приобретения»⁵.

Потребитель, решив воспользоваться услугами гостиницы, не может заранее оценить предоставляемую ему гостиничную услугу. Гостиница, предлагая на рынке свои услуги, не имеет возможности продемонстрировать свои услуги туристу в реальном исполнении вплоть до момента их потребления; сами же гостиничные услуги носят нематериальный характер, так как гостиничная услуга – это деятельность, не имеющая овеществленного результата;

2) неотделимость гостиничной услуги от исполнителя и потребителя.

Турист в процессе оказания гостиничных услуг потребляет услугу, вступая в личный контакт с обслуживающим персоналом гостиницы: у стойки портье, в гостиничном номере, в ресторане и т.д., в связи с чем он активно или пассивно подключается к ее производству и оказанию. Такая связь прослеживается и в том, что не только служащие гостиницы, но и гости (туристы) должны знать обязательные условия, при которых

оказывается конкретная гостиничная услуга. При личном контакте услугодателя с потребителем не могут быть использованы однообразные приемы. В связи с чем услугодатель должен учитывать психологические особенности туристов, без учета которых гостиничная услуга теряет свое качество; обладать культурой межличностного общения, основами психологии; учитывать потребности и ожидания туристов и т.д.⁶;

3) направленность услуг непосредственно на человека.

Направленность гостиничной услуги проявляется в том, что «объектом» ее воздействия является турист. В то же время особенностью гостиничных услуг является то, что в качестве такого объекта могут выступать окружающие его условия, направленные на повышение комфорта проживания туриста в гостинице;

4) индивидуальность, эксклюзивность услуг.

Услуга всегда выступает в «привязке» к конкретному человеку, а одинаковых людей в природе не существует, поэтому каждая услуга всегда индивидуальна. Услуга, оказываемая тем или иным исполнителем, приобретает в отдельных случаях особую ценность именно потому, что оказывается конкретным лицом. Так, эффект от гостиничной услуги неотделим от работы конкретного администратора службы приема, швейцара, горничной, официанта и т.д.

Эффект от услуги получает услугополучатель, а не услугодатель⁷. В связи с этим оценка гостиничной услуги напрямую зависит от психофизического состояния и правового сознания ее потребителя, в числе которых можно назвать такие субъективные характеристики – особенности воспитания туриста; его возраст; культурные традиции народа, представителем которого является турист; его субъективное понятие о комфорте; привычки; самочувствие или психологическое состояние человека на момент получения услуги; физиологические особенности организма и т.д.;

5) изменчивость качества услуг.

Данное свойство объясняется тем, что на стороне услугодателя выступают непосредственные исполнители-работники, отличающиеся друг от друга не только в профессиональном и личном планах, но и тем, что в разные временные моменты один и тот же исполнитель в силу объективных и субъективных факторов может оказать один вид услуг по-разному.

На качество гостиничных услуг большое влияние оказывает и сезонная изменчивость спроса на них. Как правило, в периоды повышенного спроса уровень оказания гостиничных услуг изменяется и причем не в лучшую сторону;

6) срочность услуги, ограниченность жизни услуги.

Гостиничная услуга существует только в период пребывания туриста в гостинице, именно в это время он имеет возможность формировать услугу. В целом она представляет не действие, а деятельность (ст. 779 ГК РФ);

7) несохраняемость услуги.

Гостиница не может «складировать», «накапливать» на будущий сезон свои услуги, поэтому в мире наиболее распространена ситуация, когда гостиницы вынуждены брать плату за бронирование проживания с неприбывших гостей;

8) неизмеримость услуги.

Данный признак характеризуется тем, что гостиничная услуга оценивается туристом только после предоставления и не всегда сразу.

Неизмеримость гостиничной услуги не означает, что ее осуществление не приводит к каким-либо результатам, – при оказании гостиничной услуги всегда имеет место определенный эффект. Но при этом как правило, эффект может быть получен лишь фрагментарный, остаточный. Когда турист покидает гостиницу, с ним не остается ничего материального – лишь позитивные или негативные впечатления от проживания. «...Когда мы покупаем использование номера в отеле, мы ничего не берем с собой, кроме памяти о проживании в нем...»⁸;

9) синхронность оказания и получения услуги.

Оказание гостиничной услуги и ее получение заказчиком происходят одновременно. Принять услугу до момента ее оказания невозможно. Невозможно даже теоретически представить себе ситуацию, когда гостиничная услуга будет оказываться в одно время, а приниматься туристом – в другое, например, через неделю, месяц или год. В то же время, принять гостиничную услугу после того, как она оказана, также представляет собой нонсенс;

10) трудность в объективной оценке качества услуг.

Дать объективную оценку качеству гостиничных услуг не представляется возможным в силу отсутствия легальных формализованных критериев качества таких услуг.

Обязательным условием оказания гостиничных услуг является предоставление места размещения. Эти услуги предоставляются путем создания надлежащих условий для временного проживания туриста в жилом помещении – гостиничном номере и оказания дополнительных гостиничных услуг по заказу туриста, напрямую связанных с его обслуживанием. К последним относятся, например, услуги, связанные с проведением различных культурно-зрелищных, спортивных мероприятий и т.д., встречей туриста в аэропорту, предоставлением услуг переводчика, экскурсовода, няни и т.д.

Для гостиничных услуг, кроме того, характерны и специфические признаки:

- 1) оказываются только в комплексе с предоставлением номера (места в номере) гостиницы⁹;
- 2) предоставляются в любое время суток¹⁰;
- 3) формируются туристом как на стадиях бронирования и/или заключения договора на оказание гостиничных услуг, так и в процессе его исполнения.

Вышеизложенные признаки гостиничных услуг позволяют сформулировать следующее определение гостиничной услуги.

Гостиничная услуга как объект гражданско-правового регулирования – это деятельность профессиональных участников индустрии туризма, направленная на удовлетворение материальных и социально-культурных потребностей туриста посредством предоставления ему временного места размещения в гостинице, а также услуг, результат которых не имеет овеществленной формы (услуги связи, питания, хранения и др.)

Несмотря на то, что гостиничным услугам посвящен специальный правовой акт – Правила предоставления гостиничных услуг в Российской Федерации, в нем отсутствует определение данных услуг. Не приводится соответствующего определения и в иных актах, прямо или опосредованно касающихся гостиничных услуг. Данное обстоятельство вызывает необходимость внесения определения гостиничной услуги в п. 2 «Общие положения» Правил предоставления гостиничных услуг в Российской Федерации¹¹ и Общероссийский Классификатор технико-экономической и социальной информации¹², принятия Национального стандарта «Гостиницы. Классификация гостиниц. Гостиничные услуги», в котором предложенное определение должно найти свое место.

¹ *Гражданский кодекс РФ (ч. I) от 30 ноября 1994 г. №51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. №32. Ст. 3301.*

² См., например: *Андреев. А.* Гражданско-правовые договоры возмездного оказания услуг (гл. 39 ГК РФ) // *Хозяйство и право.* 2006. №1. С. 119; *Степанов Д.* Обязательство по оказанию услуг и его объект // *Хозяйство и право.* 2004. №5. Приложение к журналу; *Козлова Н.В.* Договор возмездного оказания правовых услуг // *Законодательство.* 2002. №3. С. 43–44; *Степанов Д.* Услуги как объект гражданских прав // *Российская юстиция.* 2000. №2. С. 16–17; *Баринов Н.А.* Права граждан по договору бытового заказа и их защита. Саратов, 1973. С. 23; *Таль Л.С.* Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Ч. 1: Общие учения. Ярославль, 1913. С. 59; *Котлер Ф.* Основы маркетинга: Пер. с англ. / Общ. ред. и вступ. ст. Е.М. Пеньковой. М.: Прогресс, 1993. С. 639; *Агеева О.А.* Туристские

фирмы и гостиницы: Бухучет и налогообложение. М.: Изд-во «Финансы и статистика», 2000. С. 9.

³ Социально-культурная услуга – это услуга по удовлетворению духовных, интеллектуальных потребностей и поддержание нормальной жизнедеятельности. Она обеспечивает поддержание и восстановление здоровья, духовное и физическое развитие личности, повышение профессионального мастерства, относится к нематериальной сфере производства. К социально-культурным услугам могут быть отнесены гостиничные, медицинские услуги, услуги культуры, туризма, образования и т.д.

⁴ См.: *Кванина В.В.* Договоры с абонементной формой отношений сторон: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1990. С. 75.

⁵ См.: *Котлер Ф.* Основы маркетинга: Пер. с англ. / Общ. ред. и вступ. ст. Е.М. Пеньковой. С. 638–639.

⁶ См.: *Приложение* к постановлению Минтруда РФ «Квалификационные требования (профессиональные стандарты) к основным должностям работников туристской индустрии» от 17 мая 1999 г. № 8 // Текст постановления официально опубликован не был. СПС ГАРАНТ.

⁷ См.: *Лебедев В.М., Рагозин В.И.* Предмет и объект правоотношений по оказанию услуг / Материалы научно-практической конференции «Теория и практика совершенствования законодательства на современном этапе». Екатеринбург, 1993. С. 31–32.

⁸ *Shostack Lynn G.* Designing Services That Deliver, *Harvard Business Review*. Vol. 62 (1984. January – February). P. 134.

⁹ См., например, *Бабич С.А.* Основные проблемы развития международного гостиничного бизнеса: автореф. дис. ... канд. экон. наук. М., 2003. С. 11; *Климов Д.В.* Управление инвестиционной деятельностью в гостиничном бизнесе: автореф. дис. ... канд. экон. наук. М., 2004. С. 12–14; *Дедушенко Е.А.* Рынок гостиничных услуг: особенности функционирования и направления развития (на примере Хабаровского края): дис. ... канд. экон. наук. М., 2005. С. 13–14.

¹⁰ Данный признак обусловлен особенностью технологического цикла оказания гостиничных услуг. По объективным причинам туристы могут прибыть в пункт назначения, например, ночью, в связи с чем администратор службы приема и размещения вне зависимости от времени суток обязан оформить прибывшего туриста, а при выезде его из гостиницы (в том числе и ночью) – осуществить с ним окончательный расчет. По окончании процедуры размещения коридорный или посыльный в любое время суток должен проводить туриста до предоставляемого ему номера, помогая нести багаж. Если у туриста ночью, например, возникают какие-то вопросы или появляются какие-либо проблемы, то первым делом он обращается на ресепшн, где ему должны помочь.

¹¹ *Постановление* Правительства РФ «Об утверждении Правил предоставления гостиничных услуг в Российской Федерации» от 25 апреля 1997 г. №490 // СЗ РФ. 1997. №18. Ст. 2153.

¹² *Общероссийские* классификаторы разрабатываются по основным видам технико-экономической и социальной информации, используемой при создании государственных информационных систем и информационных ресурсов, а также при межведомственном обмене информацией. См.: п. 2 Постановления Правительства РФ «Об обще-

И.В. Тордия

Тюменский государственный университет

НЕВОЗМОЖНОСТЬ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА

Невозможность исполнения рассматривается законодательством как одно из оснований прекращения гражданско-правовых обязательств (ст. 416 ГК РФ). Прекращение договорных обязательств невозможностью исполнения вызывает на практике проблемы, связанные с установлением наличия самой невозможности исполнения конкретного обязательства и последствий ее наступления.

Невозможность исполнения в ряде случаев рассматривают не только физическую невозможность осуществления каких-либо действий, но и невозможность достижения оговоренного результата, а также экономическую нецелесообразность совершения обусловленных действий.

Согласно п. 1 ст. 416 ГК обязательство прекращается невозможностью исполнения, если она вызвана обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает. Пункт 2 ст. 416 ГК предусматривает, что в случае невозможности исполнения должником обязательства, вызванной виновными действиями кредитора, последний не вправе требовать возвращения, исполненного им по обязательству. В других случаях невозможности исполнения должник обязан вернуть все полученное от кредитора, следовательно, если ни одна из сторон не отвечает за невозможность исполнения обязательства, кредитор вправе требовать возвращения исполненного по обязательству¹.

В науке гражданского права существуют различные позиции относительно определения содержания и сущности невозможности исполнения в современных условиях.

Одни авторы утверждают, что невозможность исполнения может быть политической, экономической, юридической.²

Другие ведут речь о фактической и юридической, первоначальной и последующей, субъективной и объективной невозможности исполнения³.

Третьи пытаются объяснить невозможность исполнения причинами объективного характера: ограниченностью технических, научных и иных возможностей⁴.

Выделяют также невозможность исполнения первоначальную и последующую; объективную и субъективную; случайную или виновную⁵.

В свое время К.П. Победоносцев писал, что действие обязательства прекращается и от случайных причин, в частности от невозможности учинить исполнение, не зависящей от вины лица. Он констатирует, что обстоятельства невозможности исполнения могут быть оговоренными по договору или случайными⁶.

По мнению А.М. Запорожец, обстоятельства невозможности исполнения выдаются как само собой разумеющиеся и поэтому единственно возможные и допустимые. В невозможности исполнения есть целый комплекс факторов, которые следует иметь в виду на различных этапах возникновения и существования обязательства⁷.

Проблема невозможности исполнения вызывало дискуссии еще в советский период, что говорит о противоречивости подходов⁸.

Одной из проблем, связанных с квалификацией невозможности исполнения и ее последствий, является вопрос о моменте ее возникновения. Она может существовать к моменту возникновения обязательства (первоначальная невозможность исполнения) либо появиться уже в период его действия (последующая невозможность исполнения). По общему правилу основанием прекращения обязательств признается последующая невозможность исполнения. Если же невозможность исполнения договора имела место до момента заключения, то обязательство не возникает⁹. Однако в Принципах международных коммерческих договоров (принципах УНИДРУА)¹⁰ содержится несколько иной подход к данной проблеме. Сам по себе факт, что в момент заключения договора исполнение принятого обязательства было невозможным, не влияет на действительность договора (ст. 3.3). Последствия невозможности исполнения в данном случае зависят от того, знала или нет обязанная сторона в момент возникновения обязательства о невозможности его исполнения.

Ш.И. Будман и Е.А. Павлодский предлагают, что в случае когда контрагент знал об обстоятельствах, делающих исполнение договора невозможным, он обязан возместить другой стороне в пределах причиненного положительного ущерба (реальных убытков), причиненного в

результате заключения несостоявшегося договора, по аналогии со ст. 178 ГК, предусматривающую возмещение убытков, вызванных заключением недействительной сделки в виду существенного заблуждения одной из сторон¹¹. Вместе с тем с данной позицией сложно согласиться, так как налицо умышленное введение в заблуждение контрагента, что не совсем согласуется с условиями признания сделки недействительной, совершенной под влиянием заблуждения в силу ст. 178 ГК.

По нашему мнению, обстоятельства, влекущие невозможность во всех случаях, должны оцениваться только в момент наступления срока исполнения обязательства, так как это позволяет в большей степени гарантировать интересы участников договора, сохранив для них возможность использования всех способов и механизмов защиты, предусмотренных законом и соглашением сторон.

Разработчики проекта концепции развития гражданского законодательства отмечают необходимость определить понятие обстоятельства, за которое ни одна из сторон не отвечает. К числу таких обстоятельств могут быть отнесены те, которые наступили после возникновения обязательства, в том числе наступившая впоследствии неспособность должника к исполнению. Данная формулировка свидетельствует о том, что если обязательство, препятствующее исполнению, наступило ранее момента возникновения самого обязательства, обязательство является несуществующим, а сделка (как юридический факт, направленный на его возникновение) – недействительной (прим. автора).

Судебная практика признает объективными обстоятельствами, прекращающими обязательство в связи с невозможностью исполнения - судебное решение, вследствие которого исполнение каких-либо других обязательств сделалось невозможным,¹² например, отсутствие у ответчика водопроводных и канализационных сетей, присоединенных к сетям истца,¹³ изменение законодательства,¹⁴ прекращение бюджетного финансирования и др.¹⁵

Правовые последствия объективной невозможности исполнения обязательства зачастую смешиваются с последствиями действия обстоятельств непреодолимой силы¹⁶.

Несовпадение непреодолимой силы и юридической невозможности отмечали много авторы¹⁷. Существуют решения, в которых суды как не признавали¹⁸, так и признавали плохие погодные условия основанием для прекращения обязательств в связи с невозможностью их исполнения¹⁹.

Сам по себе факт действия обстоятельств непреодолимой силы является основанием для освобождения от ответственности за наруше-

ние обязательства в силу п. 3 ст. 401 ГК, но не прекращает само обязательство.

В науке спорным является вопрос о том, прекращается ли обязательство в силу объективной невозможности исполнения, если за наступление невозможности отвечает одна из сторон. Распространена точка зрения, что наличие объективных препятствий к исполнению обязательства само по себе не всегда влечет прекращение соответствующего обязательства. Если основанием невозможности исполнения послужили действия стороны обязательства или иные обстоятельства, за наступление которых отвечает должник, можно констатировать прекращение обязанности исполнения в натуре, но не прекращение всех прав и обязанностей сторон, вытекающих из данного обязательства. В частности, существует возможность привлечения должника к ответственности.

Правоотношение ответственности большинством рассматривается как часть существующего обязательства. Из данной позиции исходят законодатель и судебная практика²⁰.

Вместе с тем в теории высказывается точка зрения, согласно которой объективная невозможность исполнения прекращает обязательство в любом случае. Однако если за ее наступление отвечает одна из сторон, прекращение первоначального обязательства влечет возникновение нового охранительного обязательства, в рамках которого реализуются меры ответственности²¹.

Обращаясь к зарубежному опыту, следует отметить, что современное германское гражданское законодательство уже отказалось от деления невозможности исполнения обязательств на объективную и субъективную, закрепив обобщенный институт основания сделки (*Geschäftsgrundlage*) в §313 ГГУ²². В ГК Украины установлено правило, согласно которому обязательство прекращается невозможностью его исполнения в связи с обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает (ст. 607)²³.

Подводя итоги сказанному выше, следует отметить, что на сегодняшний день как в научной литературе, так и в правоприменительной практике нет единой позиции по основаниям прекращения обязательств в связи с невозможностью их исполнения. Считаем, что в случае, когда невозможность исполнения явилась следствием обстоятельств, лежащих вне сферы ответственности сторон, она выступает исключительно в качестве правопрекращающего факта. Если же невозможность обусловлена обстоятельствами, за которые ответственна одна из сторон, то кредитор может потребовать, либо возмещения убытков вместо исполнения обязательства в натуре, либо компенсации вместо исполнения невоз-

можно, если у кредитора сохраняется интерес в выполнении обязательства.

¹ Более подробно последствия исполнения обязательства одной из сторон определено п.2 ст. 411 Модельного Гражданского кодекса для государств - участников СНГ, который предусматривает, что в случае невозможности исполнения должником обязательства, вызванной обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает (п. 1 ст. 411 ГК), кредитор не вправе требовать от должника исполнения по обязательству. Сторона, исполнившая обязательство, вправе требовать возвращения исполненного. См.: Гражданский кодекс. Модель. Рекомендательный законодательный акт для Содружества Независимых Государств. Часть третья. (Принят в г. Санкт-Петербурге 17.02.1996 на 7 пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ)// СПС КонсультантПлюс

² См.: Комментарий к Гражданскому кодексу РФ: В 2 т. Т. 1. Части первая, вторая ГК РФ (под ред. Абовой Т.Е., Кабалкина А.Ю.); 2-е изд., перераб. и доп. М.: Изд-во Юрайт, 2009.//СПС Гарант

³ См.: *Будман Ш.И., Павлодский Е.А.* Невозможность исполнения обязательств в современном договорном праве // Проблемы современного гражданского права. М.: Городец, 2000. С. 221 - 235.

⁴ См.: *Гуев А.Н.* Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса РФ.//СПС Гарант

⁵ Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой (под. общ. ред. В.А. Белова). М.: Юрайт, 2010 г.//СПС Гарант

⁶ См.: *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Ч. 3. СПб., 1890// СПС Гарант

⁷ См.: *Запорожец А.М.* К проблеме невозможности исполнения обязательств.//СПС Гарант

⁸ См.: С.И. Вильнянский выделяет случайную невозможность в виде физической, юридической и экономической; первоначальной и последующей и виновную невозможность исполнения. См.: *Вильнянский С.И.* Лекции по советскому гражданскому праву. Харьков: Изд-во Харьковского госуниверситета, 1958. С. 306–307; А.Н. Самцова утверждала, что невозможность исполнения прекращает обязательство, если оно вызвано обстоятельством, за которое должник не отвечает. См.: *Советское гражданское право: В 2 т. М.: Юридическая литература, 1965. Т. 1. С. 540–541; Т.И. Илларионова выделяла физическую либо юридической невозможность, вызванную внешними обстоятельствами и должна наступить случайно. См.: Советское гражданское право: В 2 т. М.: Высшая школа, 1985. Т. 1. С. 532.*

⁹ См.: *Рабинович Н.В.* Недействительность сделок и ее последствия. Л., Изд-во ЛГУ, 1960. С.20-21. М.И. Брагинский, утверждает, что такое положение вообще-то неестественно, ибо «здесь действует прямо не закрепленный в законодательстве, но общепризнанный принцип: "Невозможное не может стать предметом обязательства"». См.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. М.: Статут, 2000. С. 457– 459. Данный подход имеет свои корни в римском пра-

ве, где действовал принцип, согласно которому обязательство, предмет которого невозможен, ничтожно.

¹⁰ См.: Закон. 1995. №12. С. 82–92.

¹¹ См.: Будман Ш.И., Павлодский Е.А. Невозможность исполнения обязательств в современном договорном праве // Проблемы современного гражданского права. М.: Городец, 2000. С. 229–230.

¹² См., например: постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 28 апреля 2004 г. №а43-9622/2003-20-349; постановление федерального арбитражного суда московского округа от 26 мая 2009г. №кг-а40/4378-09 // СПС Гарант.

¹³ См., например: постановление федерального арбитражного суда дальневосточного округа от 11 февраля 2003 г. №ф03-а73/03-1/62 // СПС Гарант.

¹⁴ См., например: Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 17.07.2007 Дело №Ф04-4658/2007(36194-А46-13) // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ См., например: постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 13.05.2005 №а31-479/14 // СПС Гарант.

¹⁶ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 17.09.2002 N Ф04/3493-672/А03-2002, от 26.09.2002 №Ф04/3630-669/А70-2002 // СПС Гарант.

¹⁷ См, например: Генкин Д.М. К вопросу о влиянии на обязательство невозможности исполнения //Сб. памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М., 1915. С.105; Брагинский М.И. Категория юридической невозможности исполнения в хозяйственных договорах // Проблемы совершенствования советского законодательства // Тр. ВНИИСЗ. М., 1984. №29. С. 134; Будман Ш.И., Павлодский Е.А. Указ. соч. С. 234.

¹⁸ См. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 06.10.2004 N Ф08-4665/2004 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁹ Судебно-арбитражная практика применения Гражданского кодекса РФ. Часть первая. По материалам Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа за 2000-2006 годы / под ред. Ю.В. Романца. М.: Норма, 2007 // СПС Гарант.

²⁰ См.: п. 5 Обзора практики применения арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о некоторых основаниях прекращения обязательств: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. №104 // Вестник ВАС РФ. 2006. №4.; см.: Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой под. общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт, 2010 // СПС Гарант.

²¹ См.: Павлов А.А. Некоторые вопросы учения о невозможности исполнения обязательств // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / под ред. Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2004. С. 50.

²² <http://www/gesetze-im-internet/de/bundesrecht/bgb/gesamt/pdf/>)

²³ См.: meget.riev.ua

К ВОПРОСУ О ПЕРЕОСМЫСЛЕНИИ РОЛИ ЮРИСТА В ДОГОВОРНОМ ПРОЦЕССЕ

Традиционный процесс обучения праву сводится к привитию студентам навыков анализа конкретных обстоятельств дела и их юридической квалификации с выдачей заключения в виде оценки действий субъектов как правомерных или противоправных. Обучение выполнению правовой работы в договорном процессе практически не проводится на юридических факультетах страны. Вместе с тем участие юриста в договорном процессе требует от него совершенно иных умений и навыков, не совпадающих с привитыми ему на студенческой скамье умениями быть квази-судьей, квази-правоприменителем, выдавая готовые решения казусов. Умение слушать клиента и контрагента, осторожное оперирование правовыми средствами, навыки психолога – то, что требуется юристу в договорном процессе.

Долгосрочные хозяйственные связи всегда предполагают значительную роль сотрудничества сторон, проявляющегося в специфическом отношении к процессу заключения и исполнения договора, связанном с пониманием невозможности получения положительного результата без приложения собственных к тому усилий и вредности формализованного отношения к букве договора, связавшего стороны, поскольку реальная жизнь всегда богаче любого предположения, которым и является договор. Как верно отмечают в литературе, «договор представляется не просто точкой, где сходятся противоречивые интересы, он также должен в определенной степени рассматриваться и как общий проект, в котором каждая сторона должна сотрудничать»¹.

Сотрудничество, или содействие сторон в договорном обязательстве, представляет собой взаимное отношение сторон по отношению друг к другу. Иными словами, совершение одной стороной действий по более эффективному исполнению обязательства предполагает встречное аналогичное действие контрагента, отличающееся по содержанию, но имеющее ту же направленность и значение. Умение создавать «каучуковый» договор, достаточно связывающий стороны, оставляя в то же время известную степень свободы, позволяющую приспособить его к

изменчивым, иногда даже в течение одного дня, условиями реальной жизни – это то, чему не учат юристов, до сих пор воспитываемых в духе догматизма.

Процесс заключения договора на практике состоит из трех основных этапов: решение принципиального вопроса о необходимости договорных отношений между контрагентами; согласование основных условий договора и оформление достигнутой договоренности в надлежащей форме. Юристы обычно привлекаются к договорной работе только на третьей стадии.

Первый этап проводится, как правило, лицами, уполномоченными на заключение договоров от имени организации, – это единоличный исполнительный орган или иное лицо, по функциональным обязанностям разрешающее стратегически значимые вопросы. На втором этапе договорного процесса согласование условий производится лицами, которые будут непосредственно осуществлять исполнение, для договоров купли-продажи, поставки, оптовой купли-продажи таковое производится товароведами со стороны покупателей и специалистов коммерческих отделов и служб со стороны продавцов. Поскольку принципиальное решение о необходимости заключения договора уже принято, о чем участники переговоров извещены, стремление к сотрудничеству как черта сложившейся социальной системы начинает проявляться, в частности, путем приложения усилий всеми участниками переговоров к выявлению потребностей и возможностей контрагента, диапазона возможных уступок и вариантов. На этом этапе социальная система еще нестабильна, так по опросам специалистов около половины договоров этой стадии не проходят, так и останавливаясь на этапе принципиального предварительного согласия.

На последней стадии договорного процесса в него включаются юристы, задачей которых является понять смысл достигнутой на первых двух этапах договоренности, облечь ее в надлежащую форму.

На практике распространены несколько ошибок правовой работы на этом этапе. Во-первых, юристы каждого из контрагентов, к сожалению, часто забывают о том, что заключение договора производится не ради предоставления им возможности поупражняться в глубине своих познаний и красоте стиля, а для фиксации *уже сложившейся* связи между субъектами. Вследствие этого договор обрастает протоколами разногласий и согласования разногласий, в которых субъекты переговоров – юристы, не меняя по существу договоренности, достигнутой уже сторонами на первом и втором этапах (фактической договорной работы), изменяют формулировки, не имеющие значения для сторон, но представляющиеся важными для юристов.

Справедливо отмечают, что «при работе над договором важнее всего точно зафиксировать компромисс, достигнутый сторонами в ходе переговоров»²², однако российская и зарубежная практика договорной работы, как правило, сталкивается с обратным – давлением, оказываемым юристами на участников переговоров, нежелание фиксировать достигнутые на втором этапе договоренности.

Юридические службы контрагентов по договору, как правило, менее всего подвержены действию стремления к сотрудничеству: они в первую очередь видят в контрагенте по договору потенциального противника в судебном споре, в связи с этим каждая из сторон стремится сделать контракт максимально «удобным» для доказательств собственной правоты в судебных органах. Уже на этой стадии более выражено стремление к конфликту, чем к сотрудничеству, и оформление заключенного договора в такой ситуации возможно только под давлением других подразделений контрагента, которые будут настаивать на оформлении договора, тщательно контролировать соблюдение сроков юридическими службами. Желательно привлекать к участию в переговорах по оформлению договоров, которые, как правило, проводятся только юристами, также и специалистов коммерческих отделов, товароведов, иных лиц, которые будут своими непосредственными действиями исполнять договор (участников 2-ой стадии процесса переговоров). В таких условиях оформление договора (прохождения процесса заключения договора третьего этапа) вполне можно существенно ускорить и упростить.

Второй распространенной ошибкой юридического оформления договоров является переоценка необходимости и значения санкций, включаемых в договор. Само по себе согласие на подписание договора, в который включены чрезмерные санкции (а чрезмерными можно считать любые санкции, превышающие законную неустойку, законный размер процентов за пользование чужими денежными средствами, придающие неустойке штрафной, взамен зачетного характер и пр.), является выражением стремления к сотрудничеству со стороны контрагента, против которого направлена возможность применения этих санкций. Вместе с тем сотрудничество сторон имеет границы, и как только продолжение сотрудничества оказывается чрезмерно обременительным для субъекта, и такая «плата» за достижение собственной правовой цели представляется субъекту высокой, он прекращает сотрудничество и разрывает саму еще не оформленную, едва возникшую связь.

Практика показывает, что чем более жесткие санкции устанавливаются договором, тем реже они применяются в суде, скорее, стороны не обратятся в суд даже при наличии нарушения. Это связано с тем, что

чрезмерные санкции и обеспечения, примененные к контрагенту, определено приведут к конфликту; долгосрочная, с трудом выстроенная связь между контрагентами будет разрушена. Противодействие заложено в договор латентному конфликту, связанному с применением чрезмерных санкций, усиливает стремление к сотрудничеству между сторонами. Поэтому зачастую соответствующие службы по подобным договорам вообще не сообщают юридическим службам организации о фактах нарушения договора, так как их удерживает стремление к сотрудничеству с контрагентом, которое, как мы отметили, на юристов мало распространяется. Такие случаи латентного неисполнения обязательств – опасная тенденция, возникающая именно из-за неправильного понимания юристом своей роли в договорном процессе.

И третья типичная ошибка – неверное определение степени детализации условий договора. Попытка предусмотреть в договоре все без исключения жизненные обстоятельства, с которыми могут столкнуться стороны при исполнении обязательства, приводит к уменьшению поля для сотрудничества и инициативы сторон в устранении общих препятствий. Но уменьшение сотрудничества приводит к конфликту и разрушает социальную группу. С другой стороны, схематичное, неясное определение лишь базовых условий договора чрезмерно расширяет область, в которой сторонам приходится идти на компромиссы и уступки, проявляя сотрудничество, но резерв сотрудничества не безграничен. Как только одна из сторон сочтет, что ее объем сотрудничества, неизмеримый в деньгах и времени, но все же внутренне оцениваемый ею, становится чрезмерным, она приходит к выводу о невыгодности дальнейшего вложения собственного ресурса в сотрудничество. Таким образом, для юриста особенно важно при разработке договорных условий обеспечить баланс свободы и определенности поведения сторон договорными условиями, чтобы, излишне не сдерживая инициативу в исполнении обязательства, предоставить возможность проявления уместной степени сотрудничества, которое цементирует социальную связь между контрагентами, вместе с тем не отдавать свободе усмотрения чрезмерно много.

¹ Принципы международных коммерческих договоров: Пер с англ. А.С. Комарова. М., 1996. С. 117.

² Фокс Ч. Составление договоров: Чему не учат студентов. М., 2009. С. 13.

ПРЕЗУМПЦИЯ ВИНОВНОСТИ КАК УСЛОВИЕ ОТ- ВЕТСТВЕННОСТИ НЕЗАВИСИМО ОТ ВИНЫ

Целевое назначение юридической ответственности в частном и публичном праве различно. Специфика применения юридической ответственности в частных отношениях преследует цели – пресечение противоправных действий и принудительное восстановление нарушенного права. Юридическая ответственность же в публичном праве помимо перечисленных выше целей преследует цель наказания правонарушителя, учитывать общественную опасность. В этой связи для обеспечения и охраны прав граждан законом в публичном праве устанавливается специальная процедура вменения в вину совершенного преступного деяния, а компетенцией по ее применению наделяются специально уполномоченные органы государства. В частных правоотношениях для применения к правонарушителю принудительных мер ответственности государственное вменение в вину противоправного деяния не требуется, а механизм применения ответственности лишь обеспечивается на стадии принудительного исполнения постановления суда.

Вышеуказанный механизм реализации юридической ответственности в публичном праве и в частно-правовых отношениях гарантируется двумя диалектически-противоположными презумпциями. Если в сфере публичного права действует презумпция невиновности, закрепленная в ст. 49 Конституции РФ, то в сфере частного права действует презумпция виновности, подтверждаемая в п. 2 ст. 401 ГК РФ. Опровержение презумпции невиновности в каждом конкретном случае происходит как раз за счет вменения в вину противоправного деяния компетентным государственным органом. Опровержение же презумпции виновности возлагается на самого нарушителя частного права (интереса) путем доказывания своей невиновности (что по большинству норм ГК РФ является основанием для освобождения от ответственности) либо доказыванием умысла самого потерпевшего, что может служить основанием уменьшения объема ответственности.

Именно анализ презумирования виновности или невиновности позволяет не только обнаружить различную природу юридической от-

ветственности в частных и публичных отношениях, но и служит посылом для более глубоких доктринальных суждений. В частности, сопоставление механизма применения презумпции виновности и невиновности предоставляет возможность выявить элементы взаимопроникновения частных отношений в сферу публичного права, и наоборот.

Презумпция виновности признается большинством отечественных правоведов в качестве основополагающего начала применения юридической ответственности в сфере частного права. Относительно же самого понятия презумпции виновности имеются определенные разногласия. Так, Т.В. Бактимирова предлагает понимать под презумпцией виновности в гражданском праве «законное, опровержимое, не обладающее высокой степенью вероятности предположение виновности причинителя вреда, лица, не исполнившего или ненадлежащим образом исполнившего обязательство, выступающее одним из основных начал (принципов) защиты субъективных прав в рамках института гражданско-правовой ответственности»¹.

Полагаем, что категоричное утверждение о презумпции виновности, как только об опровержимом предположении, является спорным. Ведь неопровержимость презумпции в праве не означает, что данное правовое предположение нельзя опровергнуть в принципе, однако данное опровержение не будет иметь юридического значения.

Несколько иной точки зрения относительно понятия презумпции виновности (вины) придерживается О.В. Дмитриева, которая считает, что это, во-первых, предположительное знание о наличии или отсутствии психического отношения субъекта гражданского права к своим действиям и обусловленным ими последствиям, а во-вторых, правовое предположение².

Считаем, что рассматривать категорию «презумпция виновности» лишь с позиции указанных двух аспектов представляется весьма условным. Во-первых, раскрывать предположительную вину, как психическое отношение субъекта гражданского права к своим действиям и обусловленным ими последствиям в частных отношениях, является некорректным, так как гражданское законодательство в настоящее время оперирует поведенческой теорией понятия вины. Во-вторых, указывать на презумпцию виновности в качестве правового предположения без указания его основания и характера является недостаточным. Становится непонятным, кому принадлежит данное правовое предположение: законодателю либо самому участнику правоотношения?

В этой связи считаем, что под *презумпцией виновности* следует считать *законодательно закрепленное предположение виновности причинителя вреда, направленное на защиту участников гражданских пра-*

воотношений, субъективные права и законные интересы которых оказались нарушенными.

Следующим, не менее важным, вопросом, касающимся существа презумпции виновности, является возможность ее опровержимости и неопровержимости. Существует точка зрения, согласно которой презумпция виновности не может носить неопровержимый характер. Так, Г.К. Матвеев утверждает, что презумпция виновности по своей сути не может носить неопровержимый характер, так как может быть опровергнута доказательством невиновности причинителя вреда³.

На наш взгляд, при характеристике неопровержимости презумпции виновности речь должна идти не о неопровержении презумпции в частности, а об отсутствии необходимости опровержения в силу отсутствия юридического интереса. Фактически, устанавливая неопровержимую презумпцию виновности, законодатель указывает на усиление виновного начала ответственности в определенных законом случаях до максимальных пределов субъективной возможности. Данная юридическая конструкция известна западному правопорядку и называется концепцией строгой ответственности (*strict liability*)⁴.

Так называемая конструкция строгой ответственности (*strict liability*) усиливает презумпцию виновности, стало быть, повышается мера заботливости к поведению лица. Должник должен проявлять наивысшую степень заботливости, которая может быть предъявлена к лицу. Фактически презумпция вины поглощает все субъективно возможные меры поведения, в том числе при случайном стечении обстоятельств. Освобождение от ответственности в таких случаях возможно только при наступлении непреодолимой силы, имеющей объективный характер.

Другим не менее важным и принципиальным моментом при реализации презумпции виновности является вопрос о презумировании формы и степени вины. Безусловно, если законодатель ставит возникновение ответственности от определенной формы вины или если дифференцирует размер ответственности в зависимости от формы и степени вины, то форма вины должна быть установлена в судебном процессе. В противоположном случае, по справедливому замечанию О.А. Кузнецовой, если закон не устанавливает конкретную форму или степень вины для возникновения ответственности, и она не имеет значения для определения размера ответственности, то вина предполагается без установления ее формы и степени⁵.

Исходя из вышеизложенного, механизм действия презумпции виновности по действующему гражданскому законодательству выглядит следующим образом.

По общему правилу лицо, нарушившее обязательство (п. 1 ст. 401 ГК РФ) или причинившее вред (ст. 1064 ГК РФ), несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), кроме случаев, предусмотренных законом (принцип вины). Однако в данной сфере действует презумпция виновности, которая предполагает доказывание лицом, нарушившим обязательство (п. 2 ст. 401 ГК РФ) либо причинившим вред (п. 2 ст. 1064 ГК РФ) в случае предъявлении к нему требований о возмещении вреда доказать свою невиновность (опровергнуть презумпцию виновности). В отдельных, прямо предусмотренных законом случаях включается механизм «строгой юридической ответственности», который базируется на презумпции виновности. Объем ответственности носит неопровержимый и безусловный характер (доказывание невиновности не требуется, так как даже случайные действия вменяются в вину нарушителя), либо объем ответственности уменьшается возможностью доказывания степени вины: умысла либо грубой неосторожности потерпевшей стороны, либо может идти речь об освобождении от ответственности ввиду доказывания фактов непреодолимой силы.

В этой связи рассуждать о случаях применения ответственности «независимо от вины» в гражданском праве, полагаем, представляется некорректным. Если законодательство презумирует виновность противоправного деяния и возлагает на нарушителя необходимость доказать свою невиновность, то уже имеет место выявление субъективных предпосылок возложения ответственности. Вместе с тем, устанавливая по общему правилу возможность доказывания невиновности, т.е., определяя опровержимость презумпции виновности в отдельных случаях, прямо предусмотренных законом, такая возможность доказывания невиновности отсутствует, т.е. действует неопровержимая презумпция виновности. В таких случаях корректнее говорить об ответственности без необходимости установления вины. Но, очевидно, возлагая, к примеру, ответственность за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги (ст. 1095 ГК РФ), законодатель, безусловно, презюмирует виновность продавца или изготовителя (исполнителя). В данном случае презумпция виновности является неопровержимой. Основанием же к освобождению от ответственности может служить только доказывание возникновения вреда вследствие непреодолимой силы либо нарушения потребителем установленных правил пользования товаром, результатами работы, услуги или их хранения (ст. 1098 ГК РФ).

Таким образом, мы можем заключить, что субъективным условием ответственности независимо от вины является неопровержимая презумпция виновности. Исходя из предполагаемого закрепления в отдель-

ных статьях неопровержимой презумпции вины устанавливаются возможные пределы уменьшения либо освобождения от ответственности.

¹ См.: *Бактимирова Т.В.* Презумпция виновности в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: М., 2006. С. 7.

² *Дмитриева О.Д.* Ответственность без вины в гражданском праве. Воронеж, 1998. С. 69.

³ См.: *Матвеев Г.К.* Основания гражданско-правовой ответственности. 1970. С. 267.

⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Strict_liability.

⁵ *Кузнецова О.А.* Презумпции в Российском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., Екатеринбург, 2002. С. 19.

М.Ю. Чельшев

Казанский (Приволжский) федеральный университет

ПРАВОВОЙ СТАТУС ГОСУДАРСТВЕННЫХ ВУЗОВ: ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ И МЕЖОТРАСЛЕВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКИ¹

Одним из центральных институциональных элементов современной отечественной системы образования выступают государственные вузы (далее – вузы). Эффективность их функционирования зависит от множества не правовых и правовых факторов. К первым, в частности, относятся выделение необходимого финансирования, иное ресурсное, в том числе кадровое обеспечение и проч. Важное значение в механизме обеспечения качественной работы вуза занимает группа отмеченных правовых факторов – юридическое оформление его организационной структуры, адекватной существующим отношениям с участием данной организации, специальный режим ответственности для вузов, являющихся автономными учреждениями, и проч. К числу таких правовых факторов, несомненно, относится и особый правовой статус вузов.

Специфика отмеченного статуса выражена в том, что, с одной стороны, вуз – это юридическое лицо, субъект гражданского права. С другой стороны, вуз вступает во множество таких отношений, которые

© Чельшев М.Ю., 2010

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского проекта Региональный конкурс научных проектов Российского гуманитарного научного фонда и Республики Татарстан №10-03-29314 а/В/2010.

регламентируются не гражданско-правовой отраслью, а нормами других правовых образований. Так, вуз, выступая в качестве работодателя, является субъектом отношений, регулируемых трудовым законодательством. Кроме того, он вступает в отношения по бюджетному финансированию, является получателем бюджетных средств на тех или иных правовых основаниях. В общем, можно отметить, что правовой статус вуза носит ярко выраженный межотраслевой (частно-публичный) характер.

Представляется, что анализ обозначенного статуса вуза следует проводить по трем взаимообусловленным направлениям: 1) изучение гражданско-правового компонента правового статуса, в качестве базового, 2) рассмотрение иных отраслевых составляющих этого статуса как, в известной степени, зависимых от гражданско-правовой его части, 3) выявление взаимосвязи между первой и второй частями правового статуса вуза.

Наличие гражданско-правового компонента в правовом статусе вуза вызвана тем, что данная организация – это юридическое лицо. Соответственно, вуз имеет субъективные гражданские права и обязанности 1) по отношению к третьим лицам, т.е. к иным участникам гражданского оборота («внешние» права и обязанности), а также 2) возникающие и осуществляемые (реализуемые) в рамках так называемых внутренних отношений, имеющих место внутри вуза как юридического лица.

К первой группе относятся, например, те права и обязанности вуза, которые возникают на основе гражданско-правовых договоров с участием данного субъекта. При этом вуз может быть стороной в договорах двух видов (классификация договоров с участием вуза в зависимости от областей его деятельности). Во-первых, сюда относятся договоры, заключаемые вузом в рамках своей основной деятельности – образовательной и научной. Это, в частности, договоры о возмездном оказании разного рода образовательных услуг, соглашения, связанные с участием вуза в различных научных грантовых программах и проч. Во-вторых, вузом совершаются такие договоры в рамках обычной хозяйственной деятельности, которые типичны практически для любого юридического лица. Так, вуз может быть на тех или иных условиях участвовать в договорах купли-продажи, дарения, аренды, подряда и др.

Конечно, наряду с обязательственными связями вуз участвует и в вещных отношениях, будучи обладателем, в первую очередь, права оперативного управления закрепленным за ним имуществом, в отдельных случаях – правом самостоятельного распоряжения имуществом и некоторыми иными. В этой ситуации вуз обладает тем или иным объемом правомочий по владению, пользованию, распоряжению и защите при-

надлежащего ему имущества, а также соответствующими обязанностями, которые обычно несет законный владелец имущества (по содержанию, уплате налогов, сборов и проч.).

Существование внутренних или, по-другому, корпоративных отношений влечет возникновение и осуществление (исполнение) соответствующих субъективных прав и обязанностей гражданско-правового свойства. К ним нужно причислить права и обязанности, связанные с формированием и функционированием волеобразующих и волеизъявляющих органов вуза как юридического лица. В данном случае, например, механизмы образования таких органов носят, в том числе и частноправовой характер. Таковой усматривается, в частности, в действии принципа выборности (с известными ограничениями и исключениями) ряда органов вуза, в возможности в рамках реализации правила об автономии вузов в определенной мере регламентировать процедуры создания и деятельности органов вуза.

Кроме гражданско-правовой составляющей правового статуса вуза в числе его отраслевых элементов нужно выделить трудовую элемент, а также целый блок публично-правовых элементов. Обладая не только частноправовым, но и взаимосвязанным с ним публично-правовым статусом, вуз имеет систему прав и обязанностей публично-правовой природы. К ним можно отнести права вуза как получателя бюджетных средств, обязанности, связанные с получением и расходованием указанных средств и некоторые другие.

Теперь несколько слов об указанной выше взаимосвязи между гражданско-правовой и иными отраслевыми частями правового статуса государственного вуза. Думается, что такая связь может быть показана с помощью имеющейся в правовой науке теории правовых стимулов и правовых ограничений (А.В. Малько и др.). Как убедительно доказано О.А. Чепариной, функционирование бюджетного вуза связано с действием предусмотренной в действующем законодательстве России целой совокупности публично-правовых ограничений его гражданской правоспособности, которая представляет собой систему. Такие ограничения выражены в правовом комплексе, включающем правила бюджетного, образовательного законодательства, законодательства о государственных закупках. По сути, рассматриваемые ограничения выражают применение в отношении вузов соответствующих частноправовых и публично-правовых средств. При этом следует согласиться с О.А. Чепариной в том, что названные ограничения находят свое проявление в компетенции органов бюджетного вуза¹.

В итоге получается, что частноправовые действия вуза, например заключение и исполнение договоров с участием вуза (на оказание обра-

зовательных услуг и проч.), происходят под влиянием обозначенной выше системы правовых ограничений. Это оказывает определенное воздействие также и на содержание частноправовых средств, применяемых в деятельности вуза. Так, в договор, заключенный вузом, могут включаться условия, прямо отражающие те или иные правовые ограничения, предусмотренные действующим законодательством об образовании, о государственных закупках и проч.

¹ См.: Чепарина О.А. Организационная структура бюджетного образовательного учреждения высшего профессионального образования как юридического лица (гражданско-правовой аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2008. С. 8–9.

О.А. Чепарина

Казанский (Приволжский) федеральный университет

ВЛИЯНИЕ ЦЕЛЕЙ И ПРЕДМЕТА ДЕЯТЕЛЬНОСТИ БЮДЖЕТНОГО ВУЗА НА ЕГО ОРГАНИЗАЦИОННУЮ СТРУКТУРУ¹

Являясь бюджетным учреждением, бюджетный вуз имеет целью своей деятельности оказание государственных услуг. Само понятие бюджетного учреждения, изложенное в ст. 6 Бюджетного кодекса РФ¹, свидетельствует о публично-правовом характере целей его деятельности (оказание государственных (муниципальных) услуг физическим и юридическим лицам в соответствии с государственным (муниципальным) заданием). Гражданская правоспособность государства носит целевой характер, «она вытекает из той функции носителя публичной власти, которую в интересах всего общества осуществляет государство»². Указанное обстоятельство не может не отразиться на целях деятельности и правоспособности бюджетного учреждения как юридического лица, создаваемого государством.

Исходя из целей деятельности бюджетного учреждения, особенностей его правоспособности представляется возможным выявить принципы построения его организационной структуры. Такая структура

© О.А. Чепарина, 2010

¹ Настоящее исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского проекта РГНФ «Правовой статус государственных вузов в современных условиях: проблемы и перспективы» по гранту №10-03-29314 а/В / 2010 (РГНФ).

должна быть наиболее приемлемой для выполнения целей, осуществления функций бюджетного учреждения; должна обеспечивать использование закрепленного за ним имущества в соответствии с его целевым назначением, без права распоряжения таким имуществом; а также минимизацию рисков наступления субсидиарной ответственности собственника по долгам бюджетного учреждения³. Представляется, что заданным критериям должна соответствовать достаточно простая организационная структура, включающая единоличный исполнительный орган в лице директора (генерального директора), который должен быть подотчетен и подконтролен собственнику. Именно такая организационная структура способна обеспечить достижение целей учреждения и контроль со стороны собственника за использованием им имущества.

Но организационная структура бюджетного вуза имеет свои особенности, которые связаны со спецификой его деятельности – осуществлением образовательной деятельности в сфере высшего профессионального образования, а также с задачами, стоящими перед таким учреждением. Законодательство об образовании не выделяет такую категорию, как цели деятельности вуза, а содержит норму о задачах вуза. Среди основных задач вуза законодатель называет удовлетворение потребностей личности в интеллектуальном, культурном и нравственном развитии посредством получения высшего и (или) послевузовского профессионального образования; развитие наук и искусств посредством научных исследований и творческой деятельности научно-педагогических работников и обучающихся, формирование у обучающихся гражданской позиции, способности к труду и жизни в условиях современной цивилизации и демократии; сохранение и приумножение нравственных, культурных и научных ценностей общества; распространение знаний среди населения, повышение его образовательного и культурного уровня (ст. 12 ФЗ «О высшем послевузовском профессиональном образовании»⁴ (далее – закон о высшем образовании)).

Предметом деятельности вуза, как следует из определения вуза, является осуществление образовательной деятельности в сфере реализации образовательных программ высшего профессионального образования (п. 1 ст. 8 закона о высшем образовании). Закон РФ «Об образовании»⁵ (преамбула) под образованием понимает целенаправленный процесс воспитания и обучения в интересах человека, общества, государства, сопровождающийся констатацией достижения гражданином (обучающимся) установленных государством образовательных уровней (образовательных цензов). Достижение поставленных перед вузом задач и специфика образования как процесса воспитания и обучения диктуют

установление особого порядка самоуправления вузом, в том числе и бюджетным.

Основным принципом управления бюджетным вузом является принцип автономии высшего учебного заведения. В соответствии со ст. 3 закона о высшем образовании под автономией вуза понимается его самостоятельность в подборе и расстановке кадров, осуществлении учебной, научной, финансово-хозяйственной и иной деятельности в соответствии с законодательством и уставом высшего учебного заведения, утвержденным в установленном законодательством порядке. Типовое положение об образовательном учреждении высшего профессионального образования⁶ (ч. 2 п. 54) рассматривает автономию вуза как степень самоуправления, которая необходима высшему учебному заведению для эффективного принятия решения в отношении своей уставной деятельности.

Одним из проявлений принципа автономии вуза является его организационная структура, которая включает представительные органы – конференцию, ученый совет, советы структурных подразделений и его исполнительный орган – ректора (ст. 12 закона о высшем образовании). Именно такое управление бюджетным вузом, осуществляемое на принципах сочетания единоначалия и самоуправления, способно обеспечить реализацию принципа автономии вуза.

Особенности задач и предмета деятельности бюджетного вуза (осуществление образовательной, воспитательной и научной деятельности) и производный от вышеуказанных факторов принцип автономии вуза определяют специфику внутриорганизационных отношений, составляющих содержание организационной структуры бюджетного вуза как юридического лица. В результате этого влияния характерный для организационной структуры традиционного бюджетного учреждения принцип подотчетности и подконтрольности исполнительного органа учредителю в бюджетном вузе уступает принципу сочетания единоначалия и самоуправления. Принцип автономии вуза находит свое выражение и в его праве самостоятельно устанавливать свою структуру, то есть совокупность учебных, научно-исследовательских и иных подразделений (ст. 8 закона о высшем образовании).

Таким образом, цели и предмет деятельности бюджетного вуза как образовательного учреждения определяют следующие особенности его организационной структуры:

– сложную по сравнению с традиционным бюджетным учреждением систему органов (конференция, ученый совет, советы подразделений, ректор);

– наличие органов, неподотчетных и неподконтрольных учредителю (конференция, ученый совет), при этом обладающих значительными корпоративными полномочиями (принятие устава, выборы ректора);

– формирование исполнительного органа не единолично учредителем, а при участии представительных органов бюджетного вуза.

¹ Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. №145-ФЗ // Российская газета от 12 августа 1998 г. №153–154.

² Гражданское право: учебник: в 4 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2005. Т. 1: Общая часть. С. 376–377.

³ Федеральным законом от 8 мая 2010 г. №83-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты российской федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений», вступающим в силу 1 января 2011 года, предусмотрены значительные изменения в правовом статусе бюджетного учреждения и появление нового типа учреждения – казенного.

⁴ Федеральный закон от 22 августа 1996 года №125-ФЗ «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» // СЗ РФ. 1996. №35. Ст. 4135.

⁵ Закон РФ от 10 июля 1992 г. №3266-1 «Об образовании» // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 30. Ст. 1797.

⁶ Постановление Правительства РФ от 14 февраля 2008 г. №71 «Об утверждении Типового положения об образовательном учреждении высшего профессионального образования (высшем учебном заведении)» // СЗ РФ. 2008. №8. Ст. 731.

Р.В. Чикулаев

Пермский государственный университет

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КАДАСТРОВОЙ ОЦЕНКИ ЗЕМЛИ И ФИНАНСОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ОРГАНИЗАЦИЙ

Вопросы нормативно-правовой регламентации деятельности хозяйствующих субъектов попадают в поле зрения ученых не только в связи с объективной важностью норм предпринимательского, налогового и иных взаимосвязанных областей права для формирования гармоничной хозяйственно-правовой среды. Объективно, что конкретно-правовое регулирование тех или иных отношений часто напрямую влияет на финансовое положение различных организаций как коммерческих (работающих на финансовом рынке, в реальном секторе, иных от-

раслях экономики), так и некоммерческих и общественных организаций.

К 2010 г. в России в целом удалось сформировать целостную систему правового регулирования важнейших хозяйственных отношений и деятельности юридических лиц на уровне федерального законодательства. Однако некоторые вопросы оказались не урегулированы не только федеральными законами, но и подзаконными актами, к тому же зачастую вступающими во взаимные противоречия и полными пробелов.

Примером может служить вопрос исчисления земельного налога на основе оценки кадастровой стоимости земли, который стал острейшим для многих предприятий и организаций, имеющих в собственности или пользовании земельные участки. В соответствии с Земельным кодексом РФ (ст. 65) пользование землей в России является платным. Формой такой платы являются земельный налог (до введения в действие налога на недвижимость) и арендная плата. В свою очередь, налоговой базой, от которой напрямую зависит сумма как уплачиваемого налога, так и арендной платы, служит кадастровая стоимость земли. Так, вопросы исчисления и уплаты земельного налога регламентированы гл. 31 Налогового кодекса РФ, относящей земельный налог к числу местных налогов.

Согласно п. 1 ст. 390 Налогового кодекса РФ кадастровая стоимость земельного участка определяется в соответствии с земельным законодательством Российской Федерации, но методы (способы) определения кадастровой стоимости являются наиболее противоречивыми и не проработанными в законе.

Распространены случаи, когда при «пересчете» кадастровой стоимости земельного участка владеющая им организация приходила к выводу, что сумма земельного налога (в случае когда земельный участок в собственности) или арендной платы (в случае заключения договора аренды или даже без такового, но при фактическом использовании земли) вырастает многократно, иногда – до астрономических размеров, что делает хозяйственную деятельность убыточной.

На сегодня порядок определения кадастровой стоимости земель регулируется массой правовых актов, в том числе – актами министерств и ведомств, краев и областей, а также муниципальных образований. Так, Приказом Росземкадастра от 17.10.2002 г. №П/337 «Об утверждении методики государственной кадастровой оценки земель поселений» был установлен перечень видов функционального использования земель для целей ГКЗОП. Указанный приказ утратил силу согласно Приказу Минэкономразвития РФ от 10.05.2007 г. №150. В настоящее время дей-

ствуют Приказ Минэкономразвития от 15.02.2007 г. №39 «Об утверждении методических указаний по государственной кадастровой оценке земель населенных пунктов», а также Приказ Минэкономразвития РФ от 29.06.2007 г. №П/0152 «Об утверждении технических рекомендаций по оценке земель населенных пунктов» с Типовым перечнем видов разрешенного использования земель.

Именно вид разрешенного использования, являющийся институтом Градостроительного и Земельного кодексов РФ, становится основой для отнесения земельного участка к той или иной стоимостной группе. В то же время в большинстве субъектов федерации действуют нормативные акты об оценке кадастровой стоимости земли, основанные на уже недействующих ведомственных актах и содержащие понятие не «разрешенное использование», а «функциональное использование». Тождественны ли данные понятия? Правильно ли определено разрешенное использование земельного участка в зависимости от территориального зонирования? Приняты ли в населенном пункте правила землепользования и застройки (ведь только они могут четко определять территориальную зону того или иного земельного участка)? И, наконец, верно ли рассчитана кадастровая стоимость? Это лишь малая часть вопросов, ответ на которые зачастую найти очень сложно. А ведь результатом будет сумма земельного налога, которую землепользователю придется заплатить, вполне возможно – продав для этого весь бизнес или имущество.

Примером могут служить правовые акты Пермского края, где кадастровая оценка земельных участков утверждена Постановлением Правительства Пермского края от 11.05.2007 г. №91-п (в редакциях постановлений от 09.11.2007 г. №264-п и от 16.06.2009 №357-п). Указанное постановление устанавливает кадастровую стоимость земельных участков, входящих в соответствующий кадастровый квартал в зависимости от вида функционального использования земель (14 видов). Но действующее законодательство, в том числе Земельный и Градостроительный кодексы РФ не содержат понятия «вид функционального использования», в связи с чем внутреннее юридическое содержание Постановления Правительства Пермского края становится неопределенным, его правовая логика теряется.

Виды разрешенного использования земель устанавливаются в пределах территориальной зоны соответствующим актом нормативно-распорядительного характера – градостроительным регламентом (ст. 1 и др. Градостроительного кодекса РФ). В соответствии с кодексом (ст. 30), градостроительный регламент наряду с двумя другими оставляющими – картой градостроительного зонирования и порядком приме-

нения и изменения правил землепользования и застройки в комплексе образуют институт таких правил. Виды разрешенного использования подразделяются кодексом (ст. 37) на основные, условно разрешенные и вспомогательные. Основные и вспомогательные виды, указанные в градостроительном регламенте, могут выбираться правообладателем самостоятельно, без дополнительных разрешений и согласований. Этот же принцип провозглашает и норма ст. 85 Земельного кодекса РФ.

Решением Пермской городской Думы от 26.06.2007 г. №143 утверждены правила землепользования и застройки в г. Перми. Перечень территориальных зон и видов разрешенного использования является приложением к данным правилам. Понятия «функциональное использование» этот правовой акт также не содержит.

На практике сложилась ситуация, когда правообладатели приобрели в собственность или пользование земельные участки до 2007 г., и их кадастровая стоимость была определена с учетом «функционального использования», предусмотренного действовавшими на то время правовыми актами (напр., Указ Губернатора Пермской области от 01.09.2004 г. №132 «О кадастровой стоимости земель поселений Пермской области»). Обычно вид функционального использования субъективно «устанавливался» специалистами местной администрации на основе юридических документов на недвижимое имущество, расположенное на участке. Понятно, что при заключении договора купли-продажи или аренды участка правообладатель рассчитывал уплачивать налоги и обязательные платежи именно с той кадастровой стоимости, которая была зафиксирована на момент сделки. Однако последующее изменение перечня видов функционального использования земельных участков новыми правовыми актами и механическое отождествление этого понятия с понятием разрешенного использования привело к тому, что стоимость земель даже без переоценки в установленном порядке произвольно «изменилась».

Именно в таком произвольно установленном значении кадастровая стоимость также без четких правовых оснований фиксируется в данных государственного кадастрового учета органами Роснедвижимости. К сожалению, Федеральный закон «О государственном кадастре недвижимости» не установил, на каком основании и в каком порядке должны вноситься такие данные и исправляться допущенные при этом ошибки, оперируя при этом лишь юридически неопределенным понятием «техническая ошибка». Таким образом, проблема, приобретающая сегодня масштабное значение, может быть решена лишь путем модернизации системы названных выше действующих законодательных и подзаконных актов.

Т.В. Шершень

Пермский государственный университет

О ДОПУСТИМОСТИ И ПРЕДЕЛАХ ВМЕШАТЕЛЬСТВА В ЧАСТНУЮ ЖИЗНЬ СЕМЬИ

Развитие положений ст. 23 Конституции РФ о праве граждан на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, семейное законодательство обеспечивает беспрепятственное осуществление членами семьи своих прав, защиту семейных прав и не допускает произвольное вмешательство в дела семьи (ст. 1 Семейного кодекса Российской Федерации). Недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в дела семьи – это базовое ключевое понятие, отражающее, прежде всего, характер взаимодействия государства и общества, с одной стороны, и конкретной семьи, отдельного её члена, с другой. Принцип недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в дела семьи, предоставляя свободу членам семьи в принятии любых решений, затрагивающих интересы семьи, характеризует семейное право как частное право. Доктрина невмешательства со стороны государства имеет исключительно важное значение в реализации права на уважение личной и семейной жизни. Данный принцип выступает своеобразным гарантом реализации права на уважение личной и семейной жизни, жилища и корреспонденции, закрепленного ст. 8 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Право на уважение личной и семейной жизни предполагает, прежде всего, недопустимость вмешательства государственных органов в его осуществление за исключением конкретных случаев, перечисленных в ч. 2 ст. 8 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Вмешательство со стороны публичных властей допустимо, если оно предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков и преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц. Цель ст. 8 Конвенции – защита лица от произвольного (необоснованного) вмешательства публичных властей. Государство не только должно воздерживаться от необоснованного вмешательства, но и исполнять позитивные обязанности, заключающиеся в реальном «уваже-

нии» семейной жизни, на что неоднократно обращалось внимание в решениях Европейского суда по правам человека. Определяя в рамках внутренней правовой системы режим некоторых семейных отношений, государство должно действовать так, чтобы заинтересованные лица могли вести нормальную семейную жизнь.

Принцип, закрепленный в ст. 1 СК РФ, устанавливает безусловный запрет произвольного вмешательства со стороны любого лица в дела семьи, а не только публичных властей. Вместе с тем в соответствии с ч. 2 ст. 7 Конституции РФ в Российской Федерации обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства. В силу ст. 38 Конституции Российской Федерации семья, материнство и детство находятся под защитой государства. Отсюда следует, что государство должно создавать условия для защиты семьи, материнства и детства, а для этого должно обладать правом доступа в семью при возникновении непосредственной угрозы благополучию, безопасности, жизни и здоровью членов семьи и, в первую очередь, детей; иметь специальную систему профессиональных служб по работе с семьёй, защите прав и интересов несовершеннолетних детей от произвола родителей или лиц, их заменяющих.

В силу ст. 16 Конвенции ООН «О правах ребёнка» ни один ребёнок не может быть объектом произвольного или незаконного вмешательства в осуществление его права на личную жизнь, семейную жизнь, неприкосновенность жилища или тайну корреспонденции или незаконного посягательства на его честь и репутацию. Ребёнок имеет право на защиту от такого вмешательства или посягательства. Вместе с тем Европейским Судом по правам человека выработана правовая позиция, согласно которой при отсутствии особых обстоятельств обязанность детей проживать с родителями или иным образом подвергаться специальному контролю, представляя собой вмешательство в частную жизнь ребенка, необходима в интересах охраны здоровья и нравственности детей. Семейная жизнь включает широкий спектр прав родителей, связанных с заботой и опекой над несовершеннолетними детьми. Забота о детях и их воспитание естественным образом предполагают, что родители ребёнка (или единственный родитель) решают, где ребёнок будет жить, и устанавливают различные ограничения свободы собственного ребёнка или предоставляют право другим лицам их устанавливать. Осуществление родительских прав представляет собой один из основных элементов семейной жизни, признаваемых и защищаемых ст. 8 Европейской Конвенции.

Вместе с тем временное изъятие ребёнка из семьи и передача на попечение органов публичной власти могут быть признаны правомер-

ными, если это предусмотрено законом, соответствует целям, определённым в ч. 2 ст. 8 Европейской конвенции, и необходимо в демократическом обществе. Применение данной меры должно осуществляться при возможном соблюдении баланса между интересами ребёнка, которые требуют его нахождения под опекой государства, и интересами родителя, с учетом конечной цели воссоединения семьи родителя и ребёнка. Раскол семьи в результате действий государства, представляющее собой серьёзное вмешательство в дела семьи, должен обосновываться вескими причинами, связанными с интересами ребёнка. Взаимное общение родителя и ребёнка является основополагающим началом семейной жизни, естественные семейные отношения не прекращаются после передачи ребёнка под опеку публичных властей, и государство должно создавать условия для возврата ребёнка в семью, восстановления семейных отношений, прежде всего в кровной семье.

Ввиду существования фактического, а в ряде случаев и юридического неравенства участников семейных отношений, необходимости повышенной защиты несовершеннолетних и нетрудоспособных нуждающихся в помощи членов семьи в семейном праве оправдано и необходимо присутствие императивных норм в механизме правового регулирования. Профессор Н.Д. Егоров справедливо отмечает: «когда частные интересы отдельных членов семьи входят в противоречие с публичными интересами, семейное право не только допускает, но и предусматривает необходимость вмешательства в дела семьи»¹.

В ряде случаев семейное законодательство прямо предусматривает возможность вмешательства в дела семьи: при расторжении брака, в процесс осуществления воспитания детей, при необходимости защиты прав и интересов детей, лишении родителей родительских прав и (или) ограничении в родительских правах. Потребностью в обеспечении и защите личных и имущественных интересов ребёнка обусловлено предоставленное органу опеки и попечительства, прокурору право на предъявление иска и обязательность участия в рассмотрении иска о лишении родительских прав или об ограничении родительских прав. В силу ст. 9 Конвенции ООН «О правах ребёнка»: государства – участники обеспечивают, чтобы ребёнок не разлучался со своими родителями вопреки их желанию, за исключением случаев, когда компетентные органы, согласно судебному решению, определяют в соответствии с применимым законом и процедурами, что такое разлучение необходимо в наилучших интересах ребёнка. Такое вмешательство может оказаться необходимым, когда родители жестоко обращаются с ребёнком или не заботятся о нем или когда проживают раздельно и необходимо принять решение относительно места проживания ребёнка. Как правило, закон

допускает вмешательство в дела семьи суда, органа опеки и попечительства, прокурора, а иногда таким правом наделяет и иных лиц. В силу предписания п.3 ст. 56 СК РФ на должностных лиц организаций и граждан, которым стало известно об угрозе жизни или здоровью ребенка, о нарушении его прав и законных интересов, возлагается обязанность сообщить об этом в орган опеки и попечительства по месту фактического нахождения ребёнка. С целью защиты прав и интересов несовершеннолетних детей органам опеки и попечительства предоставлено право на вмешательство в дела семьи. В частности, в специально предусмотренных законом случаях они могут предъявлять иски о взыскании алиментов на несовершеннолетних детей к их родителям. По сути, такая обязанность может возникнуть у органа опеки и попечительства, когда отсутствует нотариально удостоверенное соглашение об уплате алиментов на несовершеннолетних детей; средства на содержание ребёнка в добровольном порядке не предоставляются и родитель, проживающий совместно с ребёнком, не предъявляет искового требования о взыскании алиментов на его содержание. Необходимостью защиты имущественных интересов несовершеннолетнего ребёнка, а также совершеннолетнего недееспособного члена семьи обусловлено предоставление органам опеки и попечительства, а также прокурору права на предъявление иска о признании недействительным соглашения об уплате алиментов в случае существенного нарушения интересов получателя алиментов (ст. 102 СК РФ). Допуская законную возможность вмешательства в дела семьи, законодатель тем самым стремится обеспечить соблюдение интересов «слабого» участника семейных отношений (в данном случае ребёнка).

Вмешательство в дела семьи допустимо и оправдано, если оно основано на законе и необходимо в демократическом обществе в интересах государственной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц. Пределы вмешательства в дела семьи должны определяться законом, базируясь на соблюдении справедливого баланса между конкурирующими интересами отдельного лица, с одной стороны, общества и государства – с другой.

¹ См.: Гражданское право: учебник: в 3 т. Т.3. 4-е изд. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: ТК Велби; Изд-во Проспект, 2004. С. 312.

О.И. Шолгина

Тверской государственной университет

**НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ, СВЯЗАННЫЕ
С ПРИМЕНЕНИЕМ ПРОЦЕДУРЫ МЕДИАЦИИ
ПРИ РАССМОТРЕНИИ СПОРОВ,
ЗАТРАГИВАЮЩИХ ИНТЕРЕСЫ РЕБЕНКА**

Безусловно, семейно-правовые споры, затрагивающие интересы ребенка, многогранны и разнородны по своей форме и содержанию. Автор настоящей статьи обосновывает самостоятельность данного вида споров, возникающих из семейно-правовых отношений. Исследуем некоторые теоретические и сконструируем возможные практические проблемы применения новой процедуры при разрешении семейно-правовых споров – медиации. Проблемы правоприменительного плана могут быть обозначены только в постановочном плане, поскольку соответствующая процедура будет введена в практику только с 1 января 2011 г.

Итак, 27 июля 2010 г. был принят Федеральный закон №193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее по тексту – закон о медиации). В соответствии с п.2 названного закона его положениями регулируются отношения, связанные с применением процедуры медиации к спорам, возникающим из гражданских правоотношений, в том числе в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, а также спорам, возникающим из трудовых и семейных правоотношений. Таким образом, следуя логике законодателя и ввиду отсутствия каких-либо указаний непосредственно в тексте закона о медиации, можно сделать вывод о возможности «урегулирования» с участием посредника тех семейно-правовых споров, которые затрагивают интересы ребенка.

На наш взгляд, теоретические и практические проблемы применения относительно нового для отечественного правового института медиации в обозначенной сфере семейных правоотношений могут быть изучены посредством анализа отдельных положений закона о медиации сквозь призму интересов несовершеннолетних членов семьи.

© Шолгина О.И., 2010

1. В соответствии со ст. 4 анализируемого закона процедура медиации может применяться после возникновения споров, рассматриваемых в порядке гражданского судопроизводства. Таким образом, на любой стадии рассмотрения судом дела, затрагивающего интересы ребенка, спор может быть передан для разрешения его посредником. Согласимся, что обращение к услугам посредника может оказаться и вполне эффективным с точки зрения обеспечения интересов несовершеннолетних. В то же время, на наш взгляд, некоторые семейно-правовые споры, затрагивающие интересы несовершеннолетних, не могут быть объектом вмешательства посредника именно в силу приоритета публичных интересов перед частными. Например, это касается споров, связанных с воспитанием детей. Недопустимо участие посредника при рассмотрении дела о лишении или ограничении родителей (одного из них) родительских прав. В то же время при решении вопроса об определении места жительства ребенка при раздельном проживании его родителей, при определении порядка общения с ребенком того родителя, который проживает отдельно от ребенка, участие компетентного (а это одно из требований, предъявляемых законом к медиатору) посредника вполне обоснованно и необходимо.

Таким образом, представляется необходимым установить исключения из перечня семейно-правовых споров, которые могут быть рассмотрены с участием посредника. Безусловно, эта процедура не презентуется законодателем как обязательная и может быть применима только по желанию сторон. Однако с целью обеспечения интересов несовершеннолетних целесообразно легально определить соответствующий перечень споров, чтобы исключить злоупотребления со стороны родителей или иных лиц, участвующих либо заинтересованных в определенном разрешении данного спора.

2. В случаях, прямо предусмотренных ст. 57 Семейного кодекса Российской Федерации (далее – СК РФ), органы опеки и попечительства или суд могут принять решение только с согласия ребенка, достигшего возраста десяти лет. Обусловлено это, прежде всего, необходимостью выяснения мнения и позиции ребенка при решении вопросов, наиболее значимых с точки зрения его интересов. На наш взгляд, при заключении соглашения о применении процедуры медиации по спорам, затрагивающим интересы ребенка, также необходимо получать согласие на применение данной процедуры ребенка, достигшего возраста десяти лет. С одной стороны, это обеспечит формирование медиатором целостной картины семейно-правового спора и, с другой стороны, обеспечит учет интересов ребенка. В связи с этим целесообразно либо преду-

смотреть соответствующее указание в специальном законе, либо внести дополнения в ст. 57 СК РФ.

3. Продолжая рассуждения об участии несовершеннолетнего в процедуре медиации, рассмотрим ст.56 СК РФ, в соответствии с которой ребенок, достигший возраста четырнадцати лет, имеет право самостоятельно обращаться за защитой своих прав и интересов в суд, если посягательства имеют место со стороны его родителей. Предусмотренные в п.2 данной статьи формы нарушения прав и интересов ребенка позволяют предположить, что ребенок может обратиться в суд с иском о лишении родителей (одного из них) родительских прав, т.е. налицо спор, связанный с воспитанием детей. Возможно ли при разрешении данного спора применение процедуры медиации? Если да, то между кем будет заключено соответствующее соглашение, ребенком и родителями (одним из них)? На наш взгляд, такой подход к разрешению соответствующего спора вполне возможен, однако при обязательном участии в процедуре медиации представителя органа опеки и попечительства.

4. Одним из ограничений применения процедуры медиации является то, что споры, возникающие из семейных правоотношений, затрагивают или могут затронуть публичные интересы (ч. 5 ст. 1 закона о медиации). Проблема соотношения частных и публичных интересов в семейном праве РФ уже достаточно изучена, хотя в определенной степени ее актуальность сохраняется и будет сохраняться по мере развития общественных отношений и семейного законодательства. Однако, безусловно, воспитание детей нельзя рассматривать как сугубо частное дело отдельной семьи, государство и общество заинтересованы в воспитании достойного подрастающего поколения, обеспечении прав и интересов детей. В связи с этим большинство споров, затрагивающих интересы детей, и особенно споры, рассмотрение которых сопряжено с применением мер семейно-правовой ответственности (ограничение родительских прав, лишение родительских прав и другие), отражают противоречия в сфере не только частных, но и публичных интересов. В связи с этим в осмыслении и разрешении нуждается вопрос о возможности применения процедуры медиации при рассмотрении данной категории семейно-правовых споров.

Безусловно, вышеизложенное не является исчерпывающим по содержанию рассуждением, автором лишь обозначена актуальная проблема, имеющая комплексный отраслевой характер, а суждения и выводы презентуются как приглашение к дискуссии.

ОСОБЕННОСТИ ЭЛЕКТРОННОГО ДОКУМЕНТА КАК ИСТОЧНИКА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

С развитием общественных отношений в Российской Федерации все более актуальной становится проблема использования результатов современных технических средств в качестве судебных доказательств в гражданском процессе.

Электронные цифровые документы образуют альтернативу классу аналоговых документов – класс цифровых (по форме исполнения записи) электронных документов, способ фиксации записи которых основан на принципе преобразования информации в кодированную цифровую форму, при этом сам физический способ цифровой (машинописной) записи может быть любым (механическим на перфокарте, электромагнитным на магнитной ленте кассеты или диске дискеты и жестком диске).

Существенными признаками электронного документа являются его содержание (информация) и форма (технический электронный носитель).

Электронная «форма» проявляется в технических элементах и свойствах носителя информации. Она создается посредством использования электронно-технических средств фиксации, обработки и передачи информации, с помощью которых закрепляются сведения в документах, имеющих не письменную, а «электронную» форму. Вместо письменных знаков и вспомогательных пишущих средств физическими носителями информации служат электромагнитные поля и технические средства.

Файл, как основная форма электронного цифрового документа, фактически является своего рода его «электронной бумагой». При этом материальность записи файла и его документированной информации как объективной формы остается необходимым и обязательным условием существования файла. Это позволяет файлу как форме представления электронного документа, с одной стороны, в полной мере отвечать признакам, определяющим документ как материальный объект, а с другой стороны, обладать нематериальными свойствами, что позволяет

организовать передачу по каналам связи электронных документов и юридически обосновать нематериальное перемещение и тождественность принятых электронных документов их отправленным аналогам.

Особенность файловой формы представления электронных цифровых документов проявляется в том, что при копировании файлов каждая последующая копия равноценна и равнозначна первой копии созданного файла, и физическое местонахождение записи файла на материальном носителе не имеет существенного значения, т.е. понятия “оригинал электронного цифрового документа” и его “электронная копия” не имеют того смысла, который присущ традиционным бумажным документам.

Таким образом, под электронным документом как источником судебного доказательства следует понимать сведения об обстоятельствах, подлежащих установлению по делу, записанные на перфокарту, перфоленту, магнитный, оптический накопитель и иной подобный носитель, полученный с соблюдением процессуального порядка их собирания.

По информации, которая может составлять содержание электронного документа, она не отличается от информации, которая может составлять содержание иных видов документов. Однако для проведения различия между электронными документами и иными документами необходимо в содержании понятия указать на специфическую форму существования такой информации в качестве записи на материальном носителе. Именно форма электронного документа и является его главным отличительным признаком по сравнению с другими видами документов.

Для определения достоверности информации, составляющей содержание электронного цифрового документа, большое значение имеет наличие возможности ее идентификации и аутентификации. Под аутентификацией электронного документа обычно понимают возможность проверки целостности и неизменности содержания электронного документа. Под идентификацией электронного документа, в свою очередь, понимают возможность установления того, что он действительно получен от лица, которое, например, обозначено в нем в качестве отправителя.

Здесь важное место занимает вопрос об объективной необходимости обеспечения надежной защиты информации, обрабатываемой средствами электронно-вычислительной техники, от ее преднамеренного искажения, утечки, подделки и других неправомерных действий. Незащищенная от искажений, а значит, недостоверная информация, содержащаяся в электронных документах, на самом деле должна лишаться

эти документы юридической силы даже при наличии в них всех формальных реквизитов, а следовательно, и исключать такие документы из источников доказательств в гражданском процессе как недопустимые.

Для определения достоверности, содержащейся в электронном цифровом документе информации, важное значение имеет наличие в документе определенных, установленных соответствующими правилами, реквизитов. Именно правильное оформление документа и подписание его уполномоченным лицом предопределяет юридическую силу электронного цифрового документа. При этом особое предпочтение среди всех прочих реквизитов документа издавна отдавалось подписи. Согласно п. 2 ст. 160 ГК РФ при совершении сделок допускается использовать в случаях и в порядке, предусмотренных законодательством или соглашением сторон, в том числе и электронно-цифровую подпись (ЭЦП). Представляя собой определенный цифровой код, она является персональной и выполняет те же функции, что и ее материальный аналог.

Следует отметить, что просто перенести электронную цифровую подпись с одного документа на другой (по аналогии с ксерокопированием или сканированием обычной подписи на бумажном документе) невозможно. То есть ЭЦП на электронном документе является реквизитом только данного конкретного подписанного электронного документа. ЭЦП позволяет провести проверку подлинности электронного документа и идентифицировать подписавшее лицо, и если проверка подтверждает подлинность и целостность подписанного цифровой подписью электронного документа, то ЭЦП лица, указанного в документе, не подлежит сомнению.

Таким образом, в гражданском процессуальном законодательстве должны быть закреплены правовые гарантии достоверности информации, полученной с помощью современных научно-технических средств, ответственность за фальсификацию такого рода информации, процессуальный порядок исследования соответствующих источников в судебном заседании. Практическая (техническая и финансовая) сторона вопроса также должна быть решена для эффективного использования электронных документов в качестве доказательств в суде.

IV. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Н.В. Антипова

Омский государственный университет

ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ФОРМИРОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О СОЦИАЛЬНОЙ ЗАЩИТЕ СПОРТСМЕНОВ

Основополагающим нормативным правовым актом, регламентирующим отношения в сфере спорта, является Федеральный закон от 4 декабря 2007 г. «О физической культуре и спорте в Российской Федерации», где в ст. 24 в наиболее общем виде определен правовой статус спортсменов посредством закрепления открытого перечня их прав и обязанностей. Среди предусмотренных указанной нормой правомочий спортсменов нет упоминания о наличии для данной категории лиц особых гарантий в области социальной защиты населения. Такой подход не укладывается в рамки общей тенденции развития системы социальной защиты граждан, так как в Российской Федерации уделяется большое внимание формированию специальных форм предупреждения и компенсации социальных рисков, которым подвержены представители различных профессиональных групп (государственные служащие, медицинские работники, педагоги и т.д.). В отношении спортсменов особенности таких рисков вполне очевидны: раннее профессиональное старение у них сопряжено не только с повышенным травматизмом, но и с началом спортивной деятельности в юном возрасте (как правило, в детстве). Занятия спортом предполагают ежедневные тренировки, участие в соревнованиях, многочисленные поездки, прохождение процедур допинг-контроля и т.д. Это занимает большую часть времени и значительно ограничивает возможности спортсмена для реализации целого ряда прав (права на отдых, свободу передвижения, выбор врача, отказ от медицинского вмешательства); выполнения обязательств, вытекающих из родственных отношений; получения качественного образования и самообразования; общения и т.д.

Перечисленные ограничения, обусловленные природой спортивной деятельности, должны компенсироваться посредством установле-

ния дополнительных социальных гарантий для лиц, связавших свою жизнь со спортом. Однако действующее российское законодательство не предусматривает развернутой и эффективной системы социальной защиты спортсменов. Лишь Федеральный закон от 4 марта 2002 г. «О дополнительном ежемесячном материальном обеспечении граждан Российской Федерации за выдающиеся достижения и особые заслуги перед Российской Федерацией» предполагает установление доплат чемпионам Олимпийских, Паралимпийских и Сурдлимпийских игр (п. 2 ст. 1) в размере 250% социальной пенсии, предусмотренной подпунктом 1 п. 1 ст. 18 Федерального закона от 15 декабря 2001 г. «О государственном социальном обеспечении». Никаких мер социальной защиты в области пенсионного обеспечения, охраны здоровья (в том числе предоставления медицинской помощи и лекарственного обеспечения), предоставления жилья, получения образования или льгот по проезду действующим законодательством на федеральном уровне для спортсменов не установлено.

Не решил проблему отсутствия социальных гарантий для спортсменов и Федеральный закон от 22 февраля 2008 г. «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации». Названным правовым актом в структуру Трудового кодекса РФ (далее также – ТК РФ) была включена глава 54.1 «Особенности регулирования труда спортсменов и тренеров», что позволило определить отраслевую принадлежность соответствующих норм. Вместе с тем положения ТК РФ, посвященные регулированию социальных прав спортсменов, не вполне отвечают потребностям общественных отношений.

В ст. 348.10 ТК РФ перечислены дополнительные гарантии, которые устанавливаются спортсменам коллективными договорами и локальными нормативными актами: 1) проведение восстановительных мероприятий в целях улучшения здоровья спортсмена; 2) обеспечение спортсмена и членов его семьи жилым помещением на период действия трудового договора; 3) компенсация транспортных расходов; 4) дополнительное медицинское обслуживание; 5) дополнительные денежные выплаты спортсмену в случаях возникновения временной нетрудоспособности или полной утраты трудоспособности в период действия трудового договора; 6) оплата работодателем обучения спортсмена в образовательных учреждениях; 7) дополнительное пенсионное страхование. Однако диспозитивность приведенных положений Трудового кодекса РФ не дает возможности утверждать, что работодатель примет на себя подобные обязательства и обеспечит предоставление обеспечения в адекватном объеме.

Вместе с тем в ТК РФ предусмотрены и другие нормы, направленные на защиту интересов спортсменов. Так, согласно ст. 348.2 ТК РФ в числе условий в обязательном порядке включающихся в трудовой договор со спортсменом, содержится обеспечение работодателем страхования жизни и здоровья спортсмена, а также медицинского страхования в целях получения спортсменом дополнительных медицинских и иных услуг сверх установленных программами обязательного медицинского страхования с указанием условий этих видов страхования. Как представляется, оставлять столь важные вопросы на усмотрение работника и работодателя не следует. Обязательное страхование жизни и здоровья спортсменов должно осуществляться на основании законодательного акта, где следует определить виды страховых случаев и размер страховых сумм, которые должны выплачиваться при их наступлении. Кроме того, необходимо установить, как соотносятся требования о страховании спортсменов, закрепленные в Трудовом кодексе РФ, с условиями о страховании от несчастных случаев участников спортивных и физкультурных мероприятий, предусматривающимися в соответствующих положениях (регламентах) о соревнованиях.

Нормы о заключении договоров страхования, предполагающих предоставление спортсменам дополнительных медицинских и иных услуг сверх установленных программами обязательного медицинского страхования, также нуждаются в конкретизации. Бесплатная медицинская помощь гражданам Российской Федерации финансируется не только из средств обязательного медицинского страхования, но и за счет бюджетов различных уровней. Это должно учитываться при осуществлении добровольного медицинского страхования спортсменов.

Нуждается в разъяснении ч. 3 ст. 348.10 ТК РФ, где сказано, что работодатель обязан в период временной нетрудоспособности спортсмена, вызванной спортивной травмой, полученной им при исполнении обязанностей по трудовому договору, за счет собственных средств производить ему доплату к пособию по временной нетрудоспособности до размера среднего заработка в случае, когда размер указанного пособия ниже среднего заработка спортсмена и разница между размером указанного пособия и размером среднего заработка не покрывается страховыми выплатами по дополнительному страхованию спортсмена, осуществляемому работодателем. Однако спортсмены, как и все иные лица, работающие по трудовому договору, подлежат обязательному социальному страхованию от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний. В качестве обеспечения по данному виду страхования предусмотрена выплата пособия по временной нетрудоспособности в размере 100% среднего заработка (без ограничения максималь-

ным размером). Поэтому ситуация, предусмотренная ч. 3 ст. 348.10 ТК РФ, невозможна.

Сказанное позволяет сделать вывод о том, что система социальной защиты спортсменов находится в стадии становления и требует более активного вмешательства со стороны государства. Следует на законодательном уровне закрепить специальные меры социальной защиты спортсменов, которые позволили бы компенсировать профессиональные риски данной категории граждан в достаточном объеме. Дополнительные социальные предоставления могут быть предусмотрены коллективными договорами или иными локальными нормативными актами организаций.

О. Боброва

И.В. Зобнина

Пермский государственный университет

ПОВЫШЕННАЯ ОПЛАТА ТРУДА РАБОТНИКАМ, ЗАНЯТЫМ НА ТЯЖЕЛЫХ РАБОТАХ, РАБОТАХ С ВРЕДНЫМИ И (ИЛИ) ОПАСНЫМИ И ИНЫМИ ОСОБЫМИ УСЛОВИЯМИ ТРУДА

На основании ст. 147 ТК РФ оплата труда работников, занятых на тяжелых работах, работах с вредными и (или) опасными и иными особыми условиями труда, устанавливается в повышенном размере по сравнению с тарифными ставками, окладами (должностными окладами), установленными для различных видов работ с нормальными условиями труда, но не ниже размеров, установленных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права.

Повышение оплаты труда работников, занятых на тяжелых работах, на работах с вредными и иными особыми условиями труда, осуществляется как с помощью увеличения тарифных ставок (окладов), так и путем установления доплат к ним за условия труда.

Механизм установления повышенной оплаты труда работников, занятых на тяжелых работах, на работах с вредными и (или) опасными и иными особыми условиями труда, должен быть установлен в порядке, определяемом Правительством РФ с учетом мнения Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отноше-

ний. В нем следует предусмотреть минимальный размер повышения оплаты и условия такого повышения¹.

Так в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 20 ноября 2008 г. №870, минимальные размеры повышения оплаты труда за работу во вредных условиях труда в зависимости от класса условий труда должны быть установлены Минздравсоцразвития России – не менее 4% тарифной ставки (оклада), установленной для различных видов работ с нормальными условиями труда (Постановление Правительства РФ от 20 ноября 2008 г. №870 «Об установлении сокращенной продолжительности рабочего времени, ежегодного дополнительного оплачиваемого отпуска, повышенной оплаты труда работникам, занятым на тяжелых работах, работах с вредными и (или) опасными и иными особыми условиями труда»). Конкретные размеры повышения оплаты труда устанавливаются работодателем с учетом мнения представительного органа работников в порядке, установленном ст. 372 ТК РФ для принятия локальных нормативных актов, либо коллективным договором, трудовым договором. Например, в соответствии с коллективным договором ОАО «Сильвинит» (далее – Общество) оплата труда на рабочих местах с усложнением либо не соответствующими нормальным условиям производится на основании перечня профессий рабочих, которым устанавливаются доплаты к тарифным ставкам за работу в тяжелых и вредных условиях труда, который составляется с учетом результатов аттестации рабочих мест по условиям труда и утверждается главным инженером Общества (Коллективный договор ОАО «Сильвинит» на 2010–2013 гг.). Кроме этого, имеет место Положение об оплате труда от 18 августа 2009 г. №904/ ООТ-ПОЛ, где предусмотрена система оплаты труда в Обществе. В частности, для оплаты труда рабочих применяется 6-ти разрядная тарифная сетка и действует 7 групп тарифных ставок окладов). А в коллективном договоре Пермского государственного университета установлены предельные размеры доплат за работу в условиях труда при наличии вредных, либо особо вредных факторов (Коллективный договор Пермского государственного университета на 2009–2012 гг.).

Для отдельных категорий работников установлены специальные правила повышения оплаты труда в связи с его тяжестью, вредностью или опасностью. В частности, для работников, занятых на работах с химическим оружием, тарифные ставки (должностные оклады) повышаются в соответствии с установленными для каждой группы работ коэффициентами (ст. 4 Закона о социальной защите граждан, занятых на работах с химическим оружием; постановление Правительства РФ от 2 марта 2002 г. №187 «Об оплате труда граждан, занятых на работах с химическим оружием»).

Следует заметить, что во исполнение вышеназванного постановления Минздравсоцразвития России проводится работа по подготовке проекта нормативного правового акта, устанавливающего работникам, занятым на тяжелых работах, работах с вредными и (или) опасными и иными особыми условиями труда по результатам аттестации рабочих мест, соответствующие компенсации и условия их предоставления. Подготавливаемым нормативным правовым актом будет предусмотрен порядок отмены ранее установленных работнику компенсаций в случае, если работодателем на его рабочем месте будут обеспечены безопасные условия труда.

¹ Комментарий к Трудовому кодексу РФ / отв. ред. Ю.П. Орловский. М., 2007. с. 462–463.

А.Е. Большакова

*Институт экономики и права (Севастопольский филиал)
Академии труда и социальных отношений*

ОСОБЕННОСТИ ТРУДОВОЙ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ РАБОТОДАТЕЛЕЙ – ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ

После внесения изменений в Трудовой кодекс РФ Федеральным законом от 30 июня 2006 г. №90-ФЗ был восполнен один из пробелов, ранее существовавший в трудовом законодательстве России. Так, если ранее отсутствовали указания относительно трудовой правосубъектности работодателей физических лиц, то в соответствии с новой редакцией ст. 20 ТК РФ заключать трудовые договоры в качестве работодателей имеют право физические лица, достигшие восемнадцатилетнего возраста, при условии наличия у них гражданской дееспособности в полном объеме, а также лица, не достигшие указанного возраста, – со дня приобретения гражданской дееспособности в полном объеме. Дееспособность, т.е. способность своими действиями приобретать и осуществлять гражданские права и обязанности, по нормам Гражданского кодекса РФ наступает у граждан по достижении ими возраста 18 лет. Однако в случае вступления лица, не достигшего 18 лет, в брак оно признается полностью дееспособным. Кроме того, в ст. 27 ГК РФ предусмотрена процедура эмансипации, под которой понимается приобретение полной дееспособности несовершеннолетним, достигшим 16 лет, в случае получения самостоятельного дохода на основе постоянной работы по трудовому договору или предпринимательской деятельности.

© Большакова А.Е., 2010

Неполностью и ограниченно дееспособные лица могут выступать в качестве работодателей с письменного согласия законных представителей при условии получения собственного дохода, а от имени лиц, признанных недееспособными, но имеющих самостоятельный доход, трудовые договоры вправе заключать их опекуны в целях личного обслуживания этих физических лиц и помощи им в ведении домашнего хозяйства. На законных представителей возложена дополнительная ответственность по обязательствам, вытекающим из трудовых отношений. Таким образом, можно констатировать, что в трудовом законодательстве РФ по сути легализован институт представительства.

Вместе с тем необходимость подобной регламентации можно подвергнуть сомнению. Во-первых, ограничение гражданской дееспособности допускается в случаях, когда лицо злоупотребляет спиртными напитками или наркотическими веществами, тем самым ставят в затруднительное материальное положение семью. Однако это лицо может заключать трудовые договоры с работниками в целях личного обслуживания и помощи по ведению домашнего хозяйства, при этом выступая основным ответчиком по возникшим обязательствам. Представляется, что в ч. 8 ст. 20 ТК РФ явно нарушена логика: если ему не доверяет собственная семья, то как он может принимать на себя ответственность за выплату заработной платы работникам? Во-вторых, от имени недееспособных лиц, имеющих самостоятельный доход, в целях личного обслуживания этих лиц и помощи по ведению домашнего хозяйства опекуны могут заключать трудовые договоры. При этом последние несут дополнительную ответственность, стало быть, основная ответственность возлагается на самих недееспособных лиц. Не будем моделировать ситуацию о досудебном порядке урегулирования разногласий между работником и недееспособным работодателем, укажем лишь, что недееспособные не являются субъектами гражданского-процессуального права, и привлечение их в качестве основного ответчика невозможно. В большинстве отраслей российского права признается отсутствие правосубъектности у недееспособных лиц, однако после внесения изменений в ТК в трудовых отношениях она почему-то стала признаваться. Кстати, отметим общепризнанный, хотя и не закрепленный законодательно факт – работником не может выступать недееспособное лицо. Неужели реализация прав и обязанностей работодателя не требует осознания лицом характера своих действий? Думается, что нет. Однако опекун, как следует из содержания нормы, в трудовых отношениях участвует только на стадии заключения трудового договора, давая письменное согласие (между тем неясно, надо ли это согласие предъявлять работнику), а после на него может возлагаться лишь дополнительная ответственность.

Иными словами, непосредственная реализация хозяйской власти осуществляется недееспособным лицом, и работник обязан подчиняться его распоряжениям (заметим, что лишь незаконные приказы и распоряжения работник может и не выполнять), иначе он может быть подвергнут дисциплинарному взысканию. Опасность видится даже при выполнении работ по уборке и т.д., а что же говорить о случаях, когда, например, недееспособный нанимает водителя для управления автомобилем, который может находиться в его собственности,

коль скоро у него есть самостоятельный доход? Остается только посочувствовать такому работнику.

По нормам гражданского права средствами лиц, ограниченных судом в дееспособности, а также недееспособных лиц распоряжаются их законные представители. Думается, что, распоряжаясь этими средствами, опекуны и попечители могут заключать трудовые договоры с работниками в целях личного обслуживания ограниченно дееспособных и недееспособных и помощи им по ведению домашнего хозяйства. Новеллы трудового законодательства в данном случае излишни, поскольку отношения опеки и попечительства в полной мере регламентированы гражданским законодательством и не требуют дополнительной регламентации трудовым. На основании вышеизложенного нормы, введенные в частях 8, 9 ст. 20 ТК РФ, представляются нецелесообразными.

Кроме того, и положения ч. 10 ст. 20 ТК следует признать излишними, поскольку гипотеза этой нормы в целом совпадает с гипотезой ст. 27 ГК РФ, предусматривающей процедуру эмансипации несовершеннолетнего, после прохождения которой на них распространяется действие ч. 7 ст. 20 ТК. Следовательно, никакой необходимости в установлении правил ч. 10 ст. 20 ТК РФ нет, и, на наш взгляд, она должна быть из Кодекса исключена.

А.С. Бородин

Пермский государственный университет

ЭКОНОМИКА ТРУДА И ТРУДОВОЕ ПРАВО РФ: К ПРОБЛЕМЕ СООТНОШЕНИЯ

В известном смысле экономика труда выступает содержанием трудового права, являющимся в данной взаимосвязи формой. Диалектика данной формы и данного содержания чрезвычайно важна для обоих феноменов. В науке трудового права она почти не исследована. Между тем в настоящее время в связи с экономической политикой, реализуемой руководством нашей страны в целях выхода из экономического кризиса, проблема соотношения экономики труда и трудового права видится особенно актуальной. При ее исследовании требуется первоначально разрешить проблему баланса государственных интересов развития рыночного экономического механизма и осуществления социальной политики.

В соответствии со ст. 1 Трудового кодекса РФ основными задачами российского трудового законодательства названы создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства. Таким

образом, необходимо создать в России такую своеобразную инфраструктуру правового развития, в которой, с одной стороны – будут работать стимулы со стороны экономики труда, а с другой, надежно защищаться и охраняться права работника (работников) как слабой стороны индивидуального и коллективного трудового правоотношения.

Главной целью экономики труда является такое использование трудового ресурса (рабочей силы), при котором происходит рост производительности труда и эффективности производства, производительности труда, получение работодателем максимальной прибыли. При достижении данной цели параллельно происходит решение и ряда социальных задач: выплата работодателем достойного уровня заработной платы и др. Экономические цели и социальные задачи в известной мере надо считать неразрывными. Так, экономика труда основана на конкуренции, при которой выживает сильнейший с экономической точки зрения работник, обладающий такими способностями к труду, которые позволяют ему трудиться производительно и эффективно, качественно выполнять свою трудовую функцию, а значит, получать более значительную заработную плату и т.д. Вот почему трудовое право, как представляется, должно способствовать необходимой конкуренции на рынке труда. Между тем при анализе данного явления обычно принято говорить только об экономической функции данной отрасли права. Хотя надо признать, что социальная функция этой отрасли права может проявляться и вне прямой зависимости от экономической функции, например, когда речь идет о социальной защите. Все это вместе, нам думается, воплощается в идее социальной справедливости.

Таким образом, рассмотрение соотношения экономики труда и трудового права видится, прежде всего, в анализе соотношения социальной справедливости и экономической эффективности в сфере труда.

Как представляется, социальная справедливость, социальная защита обеспечиваются прежде всего, посредством государственного вмешательства в экономику реализующего социальную функцию трудового права. Государство своей волей определяет, в какой мере в сфере труда возможно жертвовать экономической эффективностью ради социальной защиты работников.

Таким образом, в нормах трудового права отражаются экономические закономерности, изучаемые наукой экономики труда. В то же время трудовое право оказывает существенное обратное действие на экономику труда, облекая экономические процессы в сфере труда в особую правовую форму.

При этом стоит отметить, что основные положения экономики труда разработаны в рамках западной экономической теории, и основ-

ные положения, выработанные данной наукой, применимы большей частью для США и стран Западной Европы, где в рамках рыночной экономики велик уровень конкуренции, высоки производительность и эффективность труда. В России же в настоящее время экономика носит преимущественно сырьевой характер, производительность и эффективность труда находятся на низком уровне, велика доля государства в экономике, ведущей отраслью экономики является добыча полезных ископаемых. Таким образом, как представляется, особенность экономической ситуации, сложившейся в нашей стране, обуславливает особое значение защитной функции, реализуемой трудовым правом. Поэтому исходя из исторически сложившейся в нашей стране экономической ситуации в настоящее время приоритет социальной функции трудового права над экономической функцией этой отрасли права представляется целесообразным.

Таким образом, экономика труда позволяет понять, какие экономические закономерности лежат в основе поведения работников и работодателей, под влиянием каких факторов и как изменяется трудовое поведение работника, а трудовое право предусматривает соответствующие правовые формы для реализации тех вариантов поведения, которые выбраны работником и работодателем. При этом цель данных правовых форм должна состоять в идеале в том, чтобы облегчить (сделать более эффективным) реализацию волевого экономического решения сторон трудового правоотношения и предоставить работнику и работодателю необходимые средства для защиты своих трудовых прав и интересов.

Следовательно, несоответствие правовой формы реально происходящим экономическим процессам в сфере труда приводит к дополнительным издержкам, которые приходится нести работнику и работодателю. С целью минимизации данных издержек стороны трудового правоотношения стараются в своем поведении отступить от разработанной в рамках трудового законодательства правовой формы. Данное обстоятельство может привести к потере актуальности правовой формы, к созданию барьеров в реализации экономических закономерностей экономики труда. В связи с изложенным может встать вопрос об актуализации соответствующей правовой формы.

Думается, соотношение экономики труда и трудового права имеет свои существенные особенности на каждом из уровней регулирования трудовых и иных, непосредственно связанных с ним и отношений: федеральном, уровне субъектов РФ, коллективно-договорном, локальном и индивидуальном.

Трудовое право, регулируя трудовые и иные непосредственно связанные с ними отношения, включающие экономический элемент, связано как с теорией экономики труда (является составной частью анализируемых в ее рамках экономических моделей), так и с реализацией экономических законов, изучаемых в рамках экономики труда, на практике (облекая их в соответствующие правовые формы).

Таким образом, взаимосвязь трудового права и экономики труда можно определить следующим образом. Экономика труда является основой для реализации норм трудового права, в тоже время трудовое право регулирует экономические процессы в сфере труда, накладывая на них существенный отпечаток.

Кроме того, важным обстоятельством является и то, что трудовое право обеспечивает своеобразную процедуру для реализации соответствующих экономических законов в рамках экономики труда. Причем основной особенностью этой процедуры является ее направленность на защиту интересов работника как слабой стороны трудового правоотношения.

Е.Р. Брюхина

Академия права и управления (институт)

ДОГОВОР О ПОВЫШЕНИИ КВАЛИФИКАЦИИ: ОБЩНОСТЬ И РАЗЛИЧИЕ С УЧЕНИЧЕСКИМ ДОГОВОРОМ

Трудовой кодекс РФ закрепляет право работников на профессиональную подготовку, переподготовку и повышение квалификации, включая обучение новым профессиям и специальностям. Указанное право реализуется путем заключения дополнительного договора между работником и работодателем. Исходя из этих положений закона, законодатель не исключает наличие иного вида договора об обучении. Анализируя нормы законодательства, научную литературу, а также правоприменительную практику, можно сделать вывод о том, что соглашение об обучении является более емким понятием, включающим в себя помимо ученического договора, договор о стажировке и договор о повышении квалификации.

А.С.Пашков, анализируя понятие и правовую природу договора ученичества, указал, что к последнему тесно примыкает договор о по-

вышении квалификации. Общим для этих двух видов договоров является то обстоятельство, что оба названных договора имеют своим предметом организационные отношения по обучению, осуществляемые в условиях трудовой деятельности, и представляют различные основания установления однородных правоотношений по производственному обучению. Различия между этими договорами состоят в основном в их целевом назначении и организационных формах обучения¹. А.С. Пашков рассматривает договор о повышении квалификации в качестве самостоятельного вида договора, регулируемого трудовым правом. Данную позицию по вопросу о правовой природе договора о повышении квалификации разделяют большинство ученых-трудовиков², признавая самостоятельный характер правоотношения по повышению квалификации.

Договор о повышении квалификации имеет общность с ученическим договором, заключающемся в отношениях по обучению. Содержание договора о повышении квалификации составляют правомочия и обязанности сторон по организации обучения и овладению обучающимся определенными знаниями и навыками. На сегодняшний день имеется иная точка зрения. Так, Н.В. Буланова полагает, что необходимо рассматривать повышение квалификации работников как обучение в рамках действующего трудового договора, не требующего заключения дополнительного договора, и применять институт ученического договора только к отношениям по профессиональной подготовке и переподготовке³. Полагаем, что при прохождении повышения квалификации нецелесообразно ограничиваться только положениями трудового договора, следует заключать дополнительный, особый вид договора о повышении квалификации.

Кроме того, ученические правоотношения могут как предшествовать трудовым, так и сопутствовать им. Вместе с тем отношения по повышению квалификации всегда сопутствуют трудовым и могут существовать параллельно с ними.

К.Н. Гусов определяет договор о повышении квалификации как соглашение, в силу которого работник обязуется посредством участия в трудовых процессах и теоретических знаниях с отрывом или без отрыва от основной работы в течение обусловленного срока овладеть определенными знаниями (навыками), а организация – организовать обучение, обеспечить использование работника в соответствии с его квалификацией, создать необходимые для обучения условия согласно действующему законодательству и настоящему договору. Он предложил это определение закрепить в дефинитивной норме КЗоТ⁴. С утверждением ученого о необходимости дефинитивного закрепления понятия договора о повышении квалификации следует согласиться, но предложенное им

понятие, как представляется, не отражает цели повышения квалификации, которой является, как выше было сказано, совершенствование имеющихся знаний, мастерства, а также их углубление. Думается, следует поддержать мнение Н.В. Новиковой, которая полагает, что договор о повышении квалификации – это соглашение между работником и работодателем, по которому работник обязуется в определенной организационно-правовой форме в течение обусловленного срока пройти обучение с целью развития компетенций для эффективного выполнения трудовой функции по имеющейся специальности, профессии, должности, поддержания на необходимом уровне имеющейся квалификации или ее расширения путем обучения смежной профессии, специальности с отрывом, частичным отрывом или без отрыва от производства, проработать после окончания обучения в течение срока, установленного сторонами соглашения и соизмеримого с понесенными затратами работодателя на обучение, если обучение производилось за счет средств работодателя; а работодатель обязуется организовать обучение, создать необходимые условия для обучения, предоставить гарантии, компенсации, льготы и преимущества, предусмотренные трудовым законодательством, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, сохранить или повысить квалификационный разряд (иной показатель квалификации работника), обеспечить использование работника в соответствии с его квалификацией⁵.

В науке трудового права существует точка зрения, что повышение квалификации, переобучение, обучение смежным профессиям (специальностям) условно можно кратко именовать повышением квалификации⁶. В какой-то степени с этим утверждением можно согласиться. Следует отметить, что существует две диаметрально противоположные точки зрения об обучении вторым профессиям. В частности, ряд ученых относит обучение вторым и смежным профессиям к понятию повышения квалификации, аргументируя это утверждение тем, что работник, освоивший новую профессию, продолжает выполнять прежнюю работу, совмещая или чередуя ее с работой по второй (смежной) профессии. Следовательно, работник, приобретающий новую профессию, она (профессия) для него является не основной, а дополнительной, т.е. обучение второй профессии нужно для расширения квалификационного профиля⁷. Другие ученые придерживаются иной точки зрения по этому вопросу и относят обучение вторым и смежным специальностям к производственному ученичеству⁸, мотивируя тем, что в результате обучения происходит овладение совершенно новой специальностью, по которой он ранее не работал. Исходя из вышеизложенного полагаем, что если речь идет о профессиональной переподготовке, необходимой для вы-

полнения нового вида профессиональной деятельности, получения дополнительной квалификации, то уместно говорить и тем более применять ученический договор, ибо целью в данном случае является приобретение новой профессии, специальности. Когда же речь идет об обучении вторым профессиям для расширения профессионального профиля и получения возможностей для работы (доходного занятия) по совмещаемым профессиям, а также о получении родственной профессии, целесообразно говорить о повышении квалификации и, как следствие, заключении договора о повышении квалификации. Только в этом случае можно согласиться с теми учеными, которые полагают, что профессиональная переподготовка входит в группу отношений по повышению квалификации.

¹ Пашков А.С. Правовое регулирование подготовки и распределения кадров. Л., 1966. С. 64.

² Уржинский К.П. Договор об ученичестве // Правоведение. 1961. №3. С. 72; Артемова В.Н. Право советских граждан на профессиональную подготовку и повышение квалификации. Минск, 1981. С.79; Трошин А.Ф. Правовое положение рабочих и служащих, обучающихся без отрыва от производства. М., 1962. С. 52.

³ Буланова Н.В. Субъекты трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений: гражданско-правовая ответственность: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2006. С. 27.

⁴ Гусов К.Н. Договоры о труде в трудовом праве при формировании рыночной экономики: автореф. дис. ... доктора юрид. наук. М., 1993. С. 41–42.

⁵ Новикова Н.В. Правовое регулирование отношений по повышению квалификации работников в России: история и современность: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2007. С. 10.

⁶ Кудрин С.М. Обеспечение прогресса технического творчества средствами трудового права: дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 1998. С.103.

⁷ См.: Пашков А.С. Правовое регулирование подготовки и распределения кадров (некоторые вопросы теории и практики). Л., 1966. С. 50; Уржинский К.П. Производственно-техническое обучение на предприятии. Иркутск, 1958. С. 48; Смирнов О.В. Правовое регулирование подготовки новых рабочих на производстве // Уч. зап. Туркменского государственного университета. Вып. VIII. Ашхабад, 1956. С. 204.

⁸ Трошин А.Ф. Правовое положение рабочих и служащих, обучающихся без отрыва от производства. М., 1962. С. 18–23.

ОСНОВНЫЕ ВЕХИ РАЗВИТИЯ НОРМ О ПЕРЕВОДАХ НА ДРУГУЮ РАБОТУ В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

1. Термин «перевод» как «перевод трудящихся» впервые в отечественном трудовом законодательстве был зафиксирован в КЗоТ 1918 г. Необходимо обратить внимание на его родо-видовое понимание, сложившееся в то время. Если в ст. 40 использовалась категория «перевод трудящихся» (родовой смысл), то в последующих статьях указывалось на вытекающие из нее видовые словосочетания. В ст. 41 это был «перевод трудящегося на другую работу в пределах предприятия, учреждения или хозяйства», в ст. 42 – «перевод, сопровождающийся перемещением трудящегося в другое учреждение, предприятие или хозяйство, расположенное в той же или иной местности», в ст. 45 – «перевод целой группы трудящихся из организации, где они работают, в другую организацию, расположенную в той же или в иной местности». А в ст. 118 указывалось, что «трудящийся, систематически вырабатывающий изделий меньше установленной нормы выработки, может быть... переведен на другую работу той же группы и категории или же переведен в низшую группу или категорию с соответствующим понижением вознаграждения».

Таким образом, переходя на современную трудовую терминологию, надо признать следующее. Понятие «перевод на другую работу» поначалу было характерным только для переводов внутри организационной структуры данного работодателя. Оно не использовалось при переводах на работу к другому работодателю, в связи с которыми факт другой работы, как другой трудовой функции, не имел значения. В таких ситуациях во внимание принимался именно факт изменения работодателя. Упомянутые при этом факты изменения или неизменения местности реального классифицирующего юридического значения в тот период опять же не приобрели. Получалось, что термин «перевод», в принципе, охватывал две ситуации – перевод на другую работу и перевод к другому работодателю. В зачаточном состоянии в ст. 45 и в ст. 118 КЗоТ 1918 г. появились правила, свидетельствующие о последующем делении в границах этих двух классов переводов трудящихся.

В изложенном со всей очевидностью, но как бы «в зародыше», прослеживаются основные элементы сложившегося в дальнейшем социалистического взгляда на правовое регулирование переводов в Российской Федерации. Но в разрез с подобным взглядом был установлен сугубо административный порядок всех переводов по законодательству того времени. Они производились независимо от согласия трудящихся на основании решений различных органов управления. Наверное, в условиях «военного коммунизма» могло быть оправданным то, что с актуальных позиций видится совершенно не приемлемым.

2. КЗоТ 1922 г. термин «перевод трудящихся», использованный в КЗоТ 1918 г., заменил на субъектно гораздо более узкий термин «перевод нанявшегося». Понимание этого обновленного родового понятия стало сопряженным с тремя видовыми вариантами деления. По современной юридической лексике это означает перевод на другую работу внутри организационных границ данного работодателя, перевод на работу к другому работодателю и переводом на работу в другую местность. Формальное своеобразие КЗоТ 1922 г. в понимании перевода заключалось еще и в том, что он не фиксировал с необходимой долей отчетливости перевода на другую работу в организационных границах данного работодателя. В ст. 36 такая конструкция явно подразумевалась, но при этом она как бы «расплывалась» в общем запрете «нанимателю» требовать от «нанявшегося» работы, не относящейся «к тому роду деятельности, для которой последний был нанят», а также в частном случае, по сути, перевода в связи с простоем. Кроме того, вместо формальной конструкции перевода на работу из одной местности в другую в ст. 37 КЗоТ 1922 г. употреблялся термин «перемещение из одной местности в другую». Это запутывало решение вопроса о соотношении переводов и перемещений. Но в ст. 82 (в редакции от 10 мая 1937 г.) уже отчетливо упоминался термин «перевод работников на работу в другие местности».

Итак, в КЗоТ 1922 г. при некоторых терминологических «шероховатостях» сложилась триада видовых составляющих родового термина «перевод нанявшегося», включающая «перевод на другую работу», «перевод из одного предприятия в другое», «перевод в другую местность». Такая триада долгое время находилась в эпицентре учения о переводах на другую работу в советском трудовом праве.

Главный же смысл КЗоТ 1922 г. по рассматриваемому спектру вопросов усматривается в резком изменении процедурной стороны. Именно с тех пор отечественное трудовое право в качестве правила требует соблюдения принципа добровольности переводов работника, хотя

и допускает некоторые исключения из утверждения об обязательности согласия работника на перевод.

3. Кроме этого, надо подчеркнуть, что КЗоТ 1922 г. активно способствовал росту числа классов переводов. Но это случилось только через некоторое время после появления его первоначальной редакции и выразилось как в ряде законодательных, так и подзаконных нормативных актов СССР и РСФСР. Так, 13 октября 1929 г. в связи с постановлением ЦИК и СНК СССР «Об основах дисциплинарного законодательства СССР и союзных республик» появились правила о «смещении на низшую должность» в порядке дисциплинарного взыскания, а 18 декабря 1929 г. благодаря инструкции Наркомтруда СССР «О порядке перевода на другую работу в связи с понижением трудоспособности», изданной на основании ст. 4 постановления СНК СССР от 5 июля 1929 г. «О мерах к улучшению производственного режима и укреплению трудовой дисциплины в предприятиях», и о переводах « в связи с понижением трудоспособности». Начиная с постановления Наркомтруда СССР от 9 мая 1931 г. «Об условиях труда женщин-трактористок и шоферов на грузовых автомобилях», начали развиваться нормы права о специальных переводах женщин-работниц. В постановлении ЦИК и СНК СССР от 3 июня 1931 г. появились правила о переводах по производственной необходимости. На основании постановления ЦИК и СНК СССР «О компенсациях и гарантиях при переводе, приеме вновь и направлении на работу в другие местности» от 23 ноября 1931 г. получили свое развитие нормы о переводе на работу в другую местность. Начиная с постановления Наркомтруда СССР от 25 февраля 1932 г. «О порядке оплаты простоя и брака», совершенствуются правила о переводе в связи с простоем. А указом Президиума Верховного Совета СССР от 19 октября 1940 г. «О порядке обязательного перевода инженеров, техников, мастеров, служащих и квалифицированных рабочих с одних предприятий и учреждений в другие» были установлены правила особого перевода, вытекающего из названия данного акта.

Из последовавших за первоначальной редакцией КЗоТ 1922 г. нормативных актов надо выделить постановление НКТ СССР от 10 апреля 1930 г. «О переводе на другую работу». Получилось так, что именно данный документ «исправил» недочет КЗоТ 1922 г. и со всей ясностью в ст. 1 установил: «Перевод работника в том же предприятии или учреждении на другую постоянную работу, не обусловленную в трудовом договоре (т.е. на которую работник не нанялся), допускается только по соглашению с работником».

4. В советских подзаконных нормативных актах, науке и юридической практике законодательный термин «нанявшийся» постепенно

стал восприниматься негативно. Трудовое право фиксировало свой собственный (отличный от цивилистического) понятийный аппарат. Уже к концу 20-х гг. прошлого века в исследуемых обстоятельствах стали указывать на перевод работников или перевод рабочих и служащих. Но главная модификация усматривается в том, что тогда родовый смысл был придан термину «перевод на другую работу». Так, Н.Г.Александров писал: «Под «переводом на другую работу» следует понимать перевод на работу, не предусмотренную трудовым договором, а именно: а) на работу по другой специальности или должности; б) на работу на другом предприятии или учреждении, хотя бы и по той же специальности или должности; в) на работу в другой местности (хотя бы и в том же предприятии или учреждении, перемещенном в другую местность)»¹. Можно утверждать о том, что в этой части трудового понятийного аппарата со второй половины 20-х гг. прошлого века и до Основ законодательства о труде 1970 г. и КЗоТ 1971 г. источниками трудового права в СССР и РСФСР выступали доктрина трудового права, сложившаяся юридическая (и не только судебная) практика и обычай. Такая ситуация относительно очень распространенных трудовых конструкций далеко нестандартна для отечественной правовой системы.

5. В ст. 13 Основ законодательства о труде 1970 г. и в ст. 25 КЗоТ 1971 г., названных «Перевод на другую работу», изложенное выше понимание изучаемой категории было закреплено законодательно. Данные законы определили некоторые классы переводов на другую работу: временный перевод в случае производственной необходимости и простоя; перевод, упреждающий некоторые основания для увольнения по «инициативе администрации»; перевод на работу в другую местность; перевод на более легкую работу по состоянию здоровья; перевод на более легкую работу беременных женщин, матерей, кормящих грудью, и женщин, имеющих детей в возрасте до одного года; перевод на нижеоплачиваемую работу или смещение на низшую должность за нарушение трудовой дисциплины на срок до трех месяцев; перевод в связи с предоставлением работы в соответствии с полученной квалификацией и т.д. Абсолютное большинство переводов допускалось только при письменном или устном согласии переводимых лиц. Исключение составляли переводы в связи с производственной необходимостью и простоем, а также переводы в связи с нарушением трудовой дисциплины и по инициативе товарищеских судов.

Соответствующий блок норм в дальнейшем отчасти корректировался. Например, исходя из международных стандартов о запрещении принудительного труда были сначала отменены правила о переводах на другую работу по инициативе товарищеских судов², а впоследствии – и

правила о переводах за нарушения трудовой дисциплины. Еще до появления Трудового кодекса РФ судебная практика на основании тех же международных стандартов стала ограничивать право работодателя на перевод работников по производственной необходимости без их согласия. Были и некоторые другие акции в заданном направлении.

6. На рассматриваемом этапе отечественной истории нельзя не подчеркнуть увеличение роли судебной практики в направлении усиления защиты прав, свобод и законных интересов работников при переводах на другую работу. В частности, примечательно, что 20 декабря 1973 г. было принято специализированное постановление пленума Верховного суда РСФСР «О некоторых вопросах применения норм КЗоТ РСФСР о переводах и перемещения рабочих и служащих на другую работу». Но, признавая заслуги судов, нельзя не заметить, что попутно с усилением судебной защиты работников в судебной практике 70 – 90 гг. XX в. как бы «размывался» четкий смысл термина «перевод на другую работу». С одной стороны, под правила о переводах суды стали подводить практически все другие случаи изменения трудового договора (см., например, п. 10.2 постановления пленума Верховного суда СССР от 19 октября 1971 г. «О применении в судебной практике Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о труде» и п. 24 постановления пленума Верховного суда СССР от 26 апреля 1984 г. «О применении судами законодательства, регулирующего заключение, изменение и прекращение трудового договора»). С другой стороны, суды, по сути, возвращали отмеченное выше узкое понимание термина «перевод на другую работу» ибо при построении своего взгляда на конструкцию этого перевода не упоминали перевод к другому работодателю и перевод в другую местность. Доктрина трудового права нередко вынуждено шла вслед за такой практикой.

7. Неясности усугубились при появлении в 2001 г. Трудового кодекса РФ. По идее, его целью должно было быть установление норм о переводах, рассчитанных на развитие рыночных отношений в экономике. Вместо этого Трудовой кодекс РФ первоначально еще более запутал ситуацию сугубо социалистического толка. В нем по непонятным причинам определялся лишь постоянный перевод на другую работу, а ответа на вопрос о понимании временного перевода не было. В ст. 72 первоначальной редакции Трудового кодекса РФ под переводом на другую постоянную работу понимались две ситуации: «перевод в той же организации по инициативе работодателя», охватывающий изменение трудовой функции и изменение существенных условий трудового договора, а также «перевод на постоянную работу в другую организацию либо в другую местность вместе с организацией». Если не обращать внимание

на досадную неточность в части именно постоянных переводов, то тогда отчетливо видно, что первоначальная редакция Трудового кодекса РФ воспроизводила отнюдь не рассчитанный на рыночную экономику взгляд на понятие перевода на другую работу, сложившийся к началу XXI в. в российской судебной практике и юридической доктрине. Но это вступило в очевидное противоречие с фактом введения в структуру Трудового кодекса РФ гл. 12, названной «Изменение трудового договора», с сутью ст. 73 «Изменение существенных условий трудового договора», а также с наличием ряда иных статей первоначальной редакции гл. 12 Трудового кодекса РФ.

Видимо, в связи с этими обстоятельствами данная глава была изменена и с 6 октября 2006 г. действует в принципиально иной редакции. Из современных ее регламентаций достоверно вытекает, что в актуальном понимании перевод на другую работу является только одним из явлений, охватываемых категорией «изменение трудового договора». Под таким явлением в ст. 72.1 подразумеваются три варианта, сопряженных между собой единым правовым регулированием изменений трудового договора: во-первых, трудовой функции работника; во-вторых, указанного в трудовом договоре структурного подразделения; в-третьих, местности вместе с работодателем. К ним, отдавая дань архаичной, как представляется, юридической традиции, присоединен перевод на постоянную работу к другому работодателю. Сразу же надо оговорить, что появление в 2008 г. ст. 348.2 Трудового кодекса РФ требует уточнения в ст. 72.1 (в ее действующей редакции). Теперь необходимы либо отмена упоминания о постоянном переводе, либо дополнительное указание на возможность временного перевода.

Основное значение рассматриваемых новаций видится в том, что перевод на другую работу ныне в России надлежит отделять от других способов изменения трудового договора. Прежде всего это связано со ст. 72 «Изменение определенных сторонами условий трудового договора». Если раньше случаи изменения заработной платы, режима работы и т.п. расценивались как переводы на другую работу, то сейчас такие обновления в содержании трудового договора сами по себе переводами считаться не должны. В данном ракурсе возникает проблема со ст. 254 Трудового кодекса РФ «Перевод на другую работу беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до полутора лет». Содержание ч. 1 этой статьи явно расходится с общим пониманием перевода на другую работу, изложенным в ст. 72.1. Думается, что для устранения такой коллизии в название ст. 254 надо включить упоминание об изменении условий трудового договора по общим правилам, регламентируемом ст. 72.1 действующей редакции Трудового кодекса РФ.

Трудовой кодекс РФ не только изменил (в редакции ФЗ от 30 июня 2006 г.) понятие перевода на другую работу и соотношение

перевода со смежными юридическими явлениями (лишь отчасти раскрытое выше), но и вновь модифицировал решения вопроса о классах переводов на другую работу. Самое важное здесь усматривается в отказе в ст. 72.2 от переводов по производственной необходимости и введения взамен них переводов, вызванных чрезвычайными обстоятельствами. Теперь только эти переводы в российском трудовом праве допускаются в порядке исключения без письменного согласия. Данная форма согласия работника на перевод – это еще одна существенная новация в правовом регулировании переводов на другую работу по Трудовому кодексу РФ. Такие обновления в российском законодательстве, в принципе, нельзя не оценить как позитивные, с одной стороны, продолжающие ранее появившиеся гуманистические тенденции в отечественном и международном трудовом праве, с другой стороны, корреспондирующие рыночным устоям в экономике.

¹ Александров Н.Г. Советское трудовое право. М., 1954. С. 170.

² Бугров Л.Ю. Перевод на другую работу по инициативе товарищеского суда // Советская юстиция. 1975. № 18. С. 26.

Ю.В. Васильева

Пермский государственный университет

ДЕФЕКТЫ ОТСЫЛОК В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ О СОЦИАЛЬНОМ ОБЕСПЕЧЕНИИ¹

1. В сфере права социального обеспечения нет ни одного закона, который бы не содержал отсылок к конкретизирующим его нормы правовым актам. При всем стремлении к полноте и прямому действию закона эти качества в нем должны быть ограничены разумными пределами. Поскольку акт, занимающий более высокое, по сравнению с другими нормативными актами, место в иерархии законодательства, как правило, содержит нормы более общего и абстрактного характера.

Согласование законов и конкретизирующих их положения подзаконных нормативных актов чаще всего осуществляется при помощи отсылочных норм. Типология отсылочных норм позволяет выявить их больше разнообразие. Отсылки могут быть между актами, обладающими одинаковой или различной юридической силой, они могут отсылать

© Васильева Ю.В., 2010

¹ Статья подготовлена в рамках исследования по гранту №09-03-00072а РГНФ

в целом к законодательству РФ или к конкретному федеральному закону (к его отдельной статье или части статьи); к компетенции (бланкетные нормы) и т.д.

Очевидно, что в большинстве случаев отсылка – нужный технико-юридический прием, позволяющий установить взаимосвязь законодательных актов, фиксирующий очередность их применения, делающий нормативный материал более компактным, без ненужных повторений. Служебная роль отсылок заключается в замене текста акта, помещенного в другом (или в этом же) акте, путем указания на него. Вместе с тем качество отсылок бывает невысоким, в связи с чем они становятся объектом критики. А бывает и так, что умеренный повтор нормативного материала может оказаться более правильным решением.

Например, вместо отсылочной нормы п. 2 ст. 1.4. Федерального закона №255 «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством», где указывается, что условия, размеры и порядок выплаты страхового обеспечения определяются, помимо настоящего закона, еще Федеральным законом №81 от 19 мая 1995 г. «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей» и Федеральным законом №8 от 12 января 1996 г. «О погребении и похоронном деле», рациональнее было бы включить соответствующие немногочисленные нормы в текст базового закона. Это не привело бы к значительному увеличению объема закона (тем более что целый ряд норм Федерального закона №81 в нем все равно продублирован), но существенно облегчило бы его восприятие.

Каждый раз, выбирая вариант согласования норм, необходимо думать о том, кому адресован закон, насколько большой объем текста заменяет отсылка, возможно ли за счет включения в закон данного текста (т.е. укрупнения закона) отказаться от отсылочной нормы, одновременно уменьшив количество нормативного материала по одному вопросу.

2. Отсылочный характер законодательства о социальном обеспечении критикуется часто и обычно, что вполне обосновано. Большое число отсылок в совокупности с их низким качеством затрудняет пользование нормативным материалом. Особенно, если отсылки носят общий характер («в порядке, установленном законодательством...»), когда не уточняется ни наименование акта, ни даже предметная область федерального законодательства, о которой идет речь. Трудно установить, имеется ли вообще за такой отсылкой реальное нормативное содержание.

Например, распространенным дефектом в последние годы стало появление отсылочных норм к несуществующим законам и «порядкам». Достаточно напомнить об отсылочной норме к несуществующему Федеральному закону, «устанавливающему количество месяцев ожидаемого периода выплаты трудовой пенсии по старости, применяемого для расчета накопительной части пенсии», из-за отсутствия которого накопительная часть пенсии не назначается до сих пор, хотя единственным законодательным условием для этого является наличие пенсионных накоплений на индивидуальном лицевом счете застрахованного лица. Или об отсылке к закону «Об управлении средствами государственного пенсионного обеспечения (страхования) в Российской Федерации», которая восемь лет «продержалась» в Федеральном законе №167 «Об обязательном пенсионном страховании в РФ», не будучи обеспеченной конкретным нормативным содержанием. Сохраняются отсылочные нормы к несуществующему закону о профессиональных пенсионных системах; к порядку, в соответствии с которым социальные службы обеспечиваются земельными участками и имуществом, необходимыми для выполнения их уставных задач и др.

Когда законодатель прибегает к означенному приему, он, скорее всего, надеется, что указанный в отсылке закон или порядок будет принят, но практика показывает, что этого не происходит. В связи с чем впоследствии отсылочные нормы либо исключаются из текстов законов, либо заменяются новыми. Такая законодательная практика препятствует реализации закона, закрепленных в нем прав граждан и должна быть преодолена. Этому может способствовать «пакетный» способ принятия законов, когда заранее просчитываются и согласовываются между собой нормы нескольких федеральных законов. Если же этого сделать не удастся, то предпочтительнее вносить изменения в федеральный закон позже, дополняя его отсылочными нормами к уже принятым актам.

3. Учитывая адресованность законодательства о социальном обеспечении широким слоям населения, важно сопровождать отсылочные нормы указанием наименования правового нормативного акта и во всяком случае – предметной области законодательства, содержащей необходимое регулирование. Это одно из существенных условий, обеспечивающих доступность и согласованность отраслевого законодательства. Но дефекты отсылок могут проявиться и в этом случае. Например, если законодатель в отсылочной норме дает закрытый перечень поименованных федеральных законов или иных актов, содержащих правовое регулирование, то такой перечень должен быть предельно выверен, что-

бы необходимые акты не остались за его рамками. Иначе в правоприменении неизбежно возникнут проблемы. Так, в приведенном выше примере отсылочной нормы п. 2 ст. 1.4 Федерального закона № 255 указано только на два федеральных закона (№81-ФЗ, №8-ФЗ), которые определяют условия, размеры и порядок выплаты страхового обеспечения «помимо норм настоящего закона». Но в действительности таких законов больше. Можно указать, по меньшей мере, еще пять Федеральных законов и законов РФ, регулирующих указанные вопросы. Нормы этих актов, закрепляющие 100%-ный размер пособия по временной нетрудоспособности независимо от продолжительности страхового стажа, не значатся среди утративших силу, но буквальное толкование п. 2 ст. 1.4 и связанной с ним нормы п. 1 ст. 7 Федерального закона №255 исключает их применение.

Помимо указанных недостатков законодательной техники, связанных с использованием отсылочных предписаний, есть немало иных. В частности, распространенным дефектом является чрезмерность отсылок к подзаконным нормативным актам. Преимущественно отсылочный характер приводит к неэффективности закона, сводит на нет гарантии прав граждан на социальное обеспечение. Нередко отсылки к подзаконным нормативным актам существенно осложняют реализацию закона еще и потому, что их принятие сильно запаздывает. Наиболее яркий пример недавнего прошлого – обновление пенсионного законодательства с 1 января 2002 г. Новое правовое регулирование оказалось блокировано отсутствием требуемых подзаконных актов. Только Федеральный закон №173 «О трудовых пенсиях в РФ» изначально предусматривал принятие более полутора десятков таких актов. На момент введения закона в действие не было принято ни одного из них. Ситуация исправлялась в течение нескольких лет.

Резюмируя краткое обращение к проблеме, важно отметить, что дефекты отсылок, а равно – и законодательной техники в целом, не означают лишь недостатков того или иного закона. Техническое несовершенство закона влечет за собой несовершенство всего права социального обеспечения, тормозит его развитие, вредит ему во всех его целях и задачах. Поэтому при формировании отраслевого законодательства в целях доступности и согласованности его норм и реализации прав граждан вопросам юридической техники необходимо уделять должное внимание.

В.С. Виноградов

Пермский государственный университет

ПАРЛАМЕНТСКОЕ РАССЛЕДОВАНИЕ КАК ФОРМА ПАРЛАМЕНТСКОГО КОНТРОЛЯ В РФ

Парламентский контроль прописывает следующее: обеспечение соблюдения, исполнения и применения Конституции РФ, законов РФ; обеспечение и защита гарантированных Конституцией РФ прав и свобод человека и гражданина; содействие выполнению общегосударственных и территориальных программ социально-экономического развития, соблюдению установленного порядка исполнения государственных и муниципальных бюджетов, а также бюджетов внебюджетных фондов, управлению и законному распоряжению государственной, муниципальной и иными видами собственности; оценка действия законодательства субъектов РФ, выявление причин его неэффективной реализации, выработка необходимых мер и рекомендаций по более действенному применению законодательства, приведению его в соответствие с потребностями практики, совершенствованию механизмов правоприменения; укрепление законности, принятие или содействие принятию мер по пресечению выявленных правонарушений, устранению причин и условий, способствующих их совершению; выявление и содействие устранению причин коррупции в органах государственной власти и органах местного самоуправления; инициирование привлечения к установленной законодательством ответственности за выявленные в ходе парламентского контроля правонарушения.

Существует несколько форм парламентского контроля, но, к сожалению, не все сегодня получили равное развитие и нормативно-правовое закрепление. Так, например, 27 декабря 2005 г. был принят Федеральный закон «О парламентском расследовании Федерального Собрания Российской Федерации», однако до сих пор этот закон не получил своего практического воплощения.

Следует отметить, что в мировой практике институт парламентского расследования зарекомендовал себя в качестве значимого инструмента демократии, реализации принципа разделения властей.

Анализ мировой практики функционирования данного института позволяет говорить как об общих чертах, так и об особенностях, раз-

личных решениях отдельных аспектов данного института в различных государствах.

В частности, во многом схожим является предмет парламентских расследований (эффективность и целесообразность деятельности органов исполнительной власти в процессе осуществления государственного управления).

С другой стороны, вопрос, например, о численности депутатов, которые могут инициировать процедуру проведения парламентских расследований, а также о предельном сроке для проведения парламентских расследований или возможности продления данного срока при наличии объективных причин, не имеет однозначного решения в законодательстве зарубежных стран.

В РФ названный институт является сравнительно новым.

Парламентское расследование можно определить как форму парламентского контроля над органами исполнительной власти (иногда и над органами местного самоуправления), осуществляемого созданными в установленном порядке специальными временными комиссиями законодательного органа государственной власти, которые чаще всего исследуют факты нарушения прав и свобод граждан, эффективность деятельности должностных лиц по устранению причин и последствий природных и техногенных катастроф.

Целями парламентского расследования являются:

1) защита гарантированных Конституцией РФ прав и свобод человека и гражданина;

2) обеспечение палатами Федерального Собрания РФ контроля деятельности Правительства РФ, исполнительных органов государственной власти субъектов РФ, государственных органов, не являющихся органами государственной власти, а также органов местного самоуправления по устранению причин и последствий событий, послуживших основанием для проведения парламентского расследования;

3) выявление причин и условий возникновения фактов и обстоятельств, послуживших основанием для проведения парламентского расследования, информирование о них общества, а также оказание содействия в устранении таких причин и условий.

Ст. 2 Федерального закона от 27 декабря 2005 года №196 «О парламентском расследовании Федерального Собрания Российской Федерации» (далее – Закон) закрепляет следующие принципы осуществления парламентского расследования: законность; уважение и соблюдение прав и свобод человека и гражданина; уважение чести и достоинства личности; равенство граждан перед законом; коллегиальность; объективность и гласность.

А. Спиридонов классифицирует принципы осуществления парламентского расследования на следующие группы:

1. Общие принципы осуществления парламентского расследования – общие принципы управления обществом и государством, определяющие основы конституционного строя России, закрепленные в Конституции Российской Федерации и присущие институту парламентского расследования как комплексному образованию, который, являясь одной из форм парламентского контроля над исполнительной властью, является органической частью социального управления.

2. Специальные принципы осуществления парламентского расследования – присущие институту парламентского расследования как специфическому виду контрольной деятельности, на которых базируется ее организация и реализация в процессуальном смысле.

При этом первую группу принципов (общие принципы) можно условно разделить на две подгруппы:

1) принципы, закрепленные в законодательстве, регулирующем процедуру парламентского расследования (принципы законности; уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина; уважения чести и достоинства личности; равенства граждан перед законом и др.);

2) принципы, прямо не закрепленные в законодательстве, регулирующем процедуру парламентского расследования, являющиеся принципами конституционного значения, соблюдение которых обязательно при осуществлении любой государственно-правовой деятельности (принципы народовластия; разделения властей; политического многообразия и др.).

Среди принципов второй группы (специальные принципы) можно обозначить следующие: 1) коллегиальность; 2) объективность и точность; 3) гласность; 4) независимость; 5) полнота; 6) целесообразность; 7) обоснованность; 8) результативность и др.

Таким образом, как справедливо отмечает С.М. Зубарев, общие принципы раскрывают содержательную, социально-правовую направленность института парламентского расследования, а специальные – его организационную и технологическую сторону.

Представляется, что право проведения парламентских расследований должно быть прописано в основном законе государства, поскольку данное право является важным элементом системы «сдержек и противовесов», нуждающимся в конституционной регламентации как гарантии реализации.

Эффективность функционирования института парламентских расследований в значительной степени предопределена тем, насколько четко и оптимально законодателем будет установлен предмет таких

расследований. Думается, в частности, целесообразно включить в предмет парламентского расследования Федерального Собрания РФ деятельность Президента России, в предмет депутатских расследований (проверок) на региональном уровне - деятельность высших исполнительных органов государственной власти субъектов РФ.

Приближение выборов Президента России, депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ не должно являться основанием для запрета на выдвижение инициативы проведения расследования. Совершенствование Федерального закона «О парламентском расследовании Федерального Собрания Российской Федерации» предполагает исключение из ст. 9 указанного закона, положений, предусматривающих запрет на выдвижение инициативы проведения парламентского расследования в связи с приближением выборов Президента России, депутатов Государственной Думы РФ.

В целом, в настоящее время необходимо совершенствовать и укреплять контрольные функции законодательных органов в РФ. Это касается, прежде всего, именно парламентских расследований. Мировая практика, заметим, знает разные подходы к ним. Так, расследования проводят либо постоянные комитеты и комиссии (по поручению парламента или по своей инициативе), либо специально создаваемые следственные (контрольные) комитеты и комиссии. Первый подход преобладает, например, в США, второй – в ФРГ, во Франции. Причем конституционное законодательство требует указывать сферу деятельности каждой из создаваемых временных следственных комиссий. Предметом расследования в основном может стать деятельность органов власти и предприятий государственной собственности. Однако в принципе может расследоваться и иная деятельность.

У нас при наличии принципиальной возможности проводить расследования есть один минус: не определены собственно следственные прерогативы соответствующих комиссий и должностных лиц парламента. Конституции и законодательство ряда стран (ФРГ, Италии) предусматривают, что в ходе расследования парламентские комитеты или комиссии наделяются такими же правами, как правоохранительные органы. К собиранию доказательств в этом случае применяются предписания об уголовном процессе со всеми вытекающими последствиями: право принудительно доставлять лиц для дачи показаний, право истребовать любые доказательства и т.д. В США комитеты Конгресса обычно также могут истребовать необходимые документы и материалы, вызывать для допроса в качестве свидетелей любое лицо, а правоохранительные органы обязаны оказывать им помощь. В России правовая система скорее, романо-германская, чем англосаксонская и для полной реализа-

ции подобных прав следует закрепить их нормативно. И здесь возможно если не изменение Конституции РФ, то принятие специального федерального закона о парламентском контроле (или о парламентских расследованиях).

Н.И. Гонцов

Пермский государственный университет

НОВЫЙ ОРГАН ПО РАЗРЕШЕНИЮ ТРУДОВЫХ СПОРОВ СУДЕЙ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В России создан новый судебный орган – Дисциплинарное судебное присутствие. Он сформирован в соответствии с Федеральным конституционным законом Российской Федерации «О Дисциплинарном судебном присутствии», принятым Государственной Думой 23 октября 2009 г. и вступившим в законную силу 10 марта 2010 г. Согласно требованиям этого закона Постановлением Пленума Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда от 4 февраля 2010 г. утвержден «Регламент Дисциплинарного судебного присутствия». Таким образом, существует правовая основа для деятельности указанного органа, определен и его персональный состав, что свидетельствует о завершении процедуры создания данной судебной инстанции.

Подробный анализ порядка образования, полномочий, деятельности Дисциплинарного судебного присутствия – предмет большого самостоятельного исследования, в данной же работе будет проанализирован только вопрос о том, какие принципиальные изменения вносятся в порядок урегулирования трудовых конфликтов судей в связи с происходящими новациями. Для этого необходимо рассмотреть ряд вопросов.

Во-первых, как вписывается Дисциплинарное судебное присутствие в уже существующую систему органов и способов разрешения трудовых споров. Как известно, существуют общий и особый способы рассмотрения споров в сфере труда, различающиеся органами и процедурами по урегулированию разногласий. Общий представлен двумя органами по рассмотрению споров – комиссией по трудовым спорам и судом и действует в отношении большинства работников, особый означает наличие других юрисдикционных органов и распространяется на отдельные категории споров и особых субъектов. Исходной юридической нормой для особого способа является ст. 383 Трудового кодекса

РФ, согласно которой для отдельных категорий работников федеральными законами могут устанавливаться особенности в разрешении индивидуальных трудовых споров. И такие особенности установлены в законах «О прокуратуре Российской Федерации», «О статусе судей в Российской Федерации» и других актах. Главная специфика в рассмотрении споров судей состоит в том, что они решаются соответствующими квалификационными коллегиями судей и судами. Сейчас в системе этих органов появляется Дисциплинарное судебное присутствие. В связи с этим меняется ли кардинально указанная система юрисдикционных органов в том плане, что какой-либо из них (либо оба) исключается и создается новая система органов? В принципе нет, так как квалификационные коллегии судей и соответствующие суды остаются органами по рассмотрению споров судей, но этот способ урегулирования конфликтов усложняется и дополняется деятельностью еще одной инстанции – Дисциплинарного судебного присутствия. Чтобы пояснить, что изменилось конкретно, необходимо ответить на следующий вопрос – какие споры будет разрешать новый судебный орган.

Дисциплинарное судебное присутствие рассматривает одну, но наиболее важную категорию дел – это дела о досрочном прекращении полномочий судьи за совершенный им дисциплинарный проступок. Обращаться в данный орган могут граждане с жалобами на решение Высшей квалификационной коллегии судей Российской Федерации или решение квалификационной коллегии судей субъектов Российской Федерации, если этими решениями были досрочно прекращены их судебские полномочия, а также Председатель Верховного Суда РФ и Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ, если соответствующие квалификационные коллегии судей отказали в удовлетворении представлений о прекращении полномочий судей за совершение дисциплинарных проступков. До создания Дисциплинарного судебного присутствия эти дела рассматривали квалификационные коллегии судей, решения которых можно было оспаривать в судебном порядке. Сейчас данные споры должны разрешаться соответствующими квалификационными коллегиями судей, а затем – по жалобам или обращениям указанных лиц – Дисциплинарным судебным присутствием. Но у судей (или кандидатов на должность судьи) могут возникать конфликты и по другим вопросам – например, об отказе в рекомендации на должность судьи (правда, это еще не судья, эти споры можно назвать спорами о трудоустройстве, которые согласно общим правилам трудового права являются трудовыми спорами – ч. 2 ст. 381 ТК РФ), о приостановлении полномочий судьи и др. Для этих категорий дел сохраняется уже сложившийся порядок рас-

смотрения споров – квалификационными коллегиями судей и в судебном порядке.

Резюмируя сказанное, можно сделать вывод о том, что у судей был и остается особый способ рассмотрения трудовых споров, но он усложнился и дополнился еще одним специальным органом – Дисциплинарным судебным присутствием. Все споры судей, с точки зрения органов и процедурных правил по их разрешению, можно, очевидно, разделить на две разновидности: во-первых, споры, связанные с досрочным прекращением полномочий судьи за совершение им дисциплинарного проступка, которые находятся в ведении квалификационных коллегий судей и Дисциплинарного судебного присутствия; и, во-вторых, все остальные споры, которые будут рассматриваться по установленным ранее правилам.

К.В. Греченков

А.Н. Розова

Пермский государственный университет

**О СООТНОШЕНИИ ПОНЯТИЙ «ИЗМЕНЕНИЕ
ПОДВЕДОМСТВЕННОСТИ ОРГАНИЗАЦИИ»
И «ИЗМЕНЕНИЕ ПОДЧИНЕННОСТИ
ОРГАНИЗАЦИИ»**

При обсуждении ст. 75 Трудового кодекса РФ многие авторы обходят стороной вопрос о том, что такое «изменение подведомственности организации» и «изменение подчиненности организации». Это возможно объяснить тем, что данный вопрос является весьма сложным. Надо признать, что есть и специалисты, которые высказали свою точку зрения по данному сложному вопросу. Но насчет его решения среди правоведов все-таки отсутствует единая позиция.

Такие юристы, как Ю.П. Орловский, Л.А. Чиканова, Ю.В. Новичкова, сходятся во мнении, согласно которому изменение подведомственности организации осуществляется, как правило, в отношении тех организаций, которые созданы органами государственной власти или органами местного самоуправления и им подведомственны. При этом подразумеваются, например, государственные и муниципальные предприятия, научно-исследовательские институты, поликлиники. Призна-

вая высказанную точку зрения интересной, нельзя не заметить следующего. Авторы упоминают слова «как правило». Отсюда не ясно – что подразумевается под этими словами, может ли применяться термин «изменение подведомственности организации» к другим – негосударственным организациям. В изучаемой научной позиции не ясно также, есть ли отличие терминов «изменение подведомственности организации» и «изменение подчиненности организации», а если есть – в чем оно состоит.

Другой точки зрения придерживается В.И. Миронов, он считает возможным изменение подведомственности не только для организаций, но также и для их структурных подразделений. Это вытекает из следующих слов автора: «Изменение подчиненности (подведомственности) как в целом организации, так и ее структурных подразделений не может служить основанием для прекращения трудовых отношений» (Миронов В.И. Постатейный комментарий Трудового кодекса. Трудовое право. 2002. № 7. С. 47). Поскольку он прямо не говорит об ином, постольку получается, что в его трактовке «изменение подведомственности» применяется независимо от формы собственности. Она для этого правоведа здесь не имеет значения. Но В.И. Миронов делает различие между изменением подведомственности и изменением подчиненности, говоря о переходе структурного подразделения в «ведение или подчинение» другого органа или организации.

Не рассматривая другие точки зрения, высказанные в юридической литературе в связи с отношениями, охватывающими термины «подведомственность» и «подчиненность», «изменение подведомственности» и «изменение подчиненности», «изменение подведомственности организации» и «изменение подчиненности организации», изложу свой взгляд на парные термины, упомянутые в названии этого материала. Можно признать, что изменение подчиненности организации является более широким понятием, чем «изменение подведомственности организации». Термин «изменение подведомственности организации» может применяться только к государственным и муниципальным органам, в тех случаях, когда образуется ведомство. Вместе с тем понятие «изменение подчиненности организации» может применяться как к указанным организациям, так и ко всем немунICIPальным органам, находящимся между собой в отношениях зависимости в виде подчиненности.

Изменение подведомственности организации происходит тогда, когда одна государственная (муниципальная) организация (следовательно, структура, обладающая статусом юридического лица) переходит из подчинения одного органа к другому, но при этом не происходит смены собственника имущества организации. Имущество и до перехода,

и после находится в собственности государства либо соответствующего муниципального образования. Примером может служить ситуация, когда государственное научное учреждение – научно-исследовательский институт – переходит из подчинения одного российского министерства в подчинение к другому российскому министерству. Наличие статуса юридического лица у организации, которая переходит в подчинение другого органа, является обязательным условием. Ведь ст. 75 Трудового кодекса РФ говорит именно об изменении подведомственности организации как юридического лица. Вряд ли можно согласиться с мнением о том, что изменение подведомственности возможно относительно структурных подразделений. А вот изменение подчиненности видится реальной возможностью и для структурных подразделений.

На основании изложенного можно сделать вывод о том, что российское трудовое законодательство нуждается в реформировании в данном вопросе. Ведь действующие трудовые нормы, связанные с изменением подведомственности (подчиненности) организации, практически полностью заимствованы из устоев советского права. Отечественный законодатель при принятии данных норм почти не учитывал изменения, прошедшие в соответствующей сфере в постсоветский и современный период развития России. К сожалению, в данном вопросе нет перемены и в судебной практике. Верховный суд РФ не спешит внести необходимую ясность в данную ситуацию. Поэтому прикладные проблемы могут в дальнейшем усугубиться. Вот почему важной актуальной задачей надо считать приведение ч. 5 ст. 75 Трудового кодекса РФ в соответствие с действующей ныне ситуацией в управленческих отношениях. Необходимо указать, что термин «изменение подчиненности организации» – родовое понятие относительно видовой категории «изменение подчиненности организации».

М.И. Григорьева

Пермский государственный университет

СОЦИАЛЬНОЕ НЕБЛАГОПОЛУЧИЕ И СОЦИАЛЬНАЯ НЕЗАЩИЩЕННОСТЬ КАК БАЗОВЫЕ КАТЕГОРИИ СОЦИАЛЬНОЙ РАБОТЫ

Современные социально-гуманитарные науки в качестве одного из объектов исследования сегодня выбирают человека (социальную группу, общность), находящегося в состоянии социального неблагополучия, в ситуации социальной незащищенности. При этом термины «социальное благополучие/неблагополучие» и «социальная защищенность / незащищенность», которые в практике социальной работы понимаются как синонимы, в теории социальной работы определяются как реальная трудная жизненная ситуация, находясь в которой человек не может объективно обеспечить себе и своему ближайшему окружению минимально достаточный для жизни уровень, но и ситуация социального риска, т.е. ситуация ожидания той самой трудной жизненной ситуации из-за наличия субъективных или объективных факторов, а также субъективная самооценка человеком своего физического, материального, духовного, психического, психологического, социального состояния. В связи с этим представляется необходимым провести анализ понятий, близких к термину «социально незащищенные категории населения», что станет отправной точкой формулирования определения его самого.

Итак, упоминавшееся выше понятие «трудная жизненная ситуация» в соответствии с Федеральным законом «Об основах социального обслуживания населения в Российской Федерации» означает ситуацию, объективно нарушающую жизнедеятельность гражданина (инвалидность, неспособность к самообслуживанию в связи с преклонным возрастом, болезнью, сиротство, безнадзорность, малообеспеченность, безработица, отсутствие определенного места жительства, конфликты и жестокое обращение в семье, одиночество и т.п.), которую он не может преодолеть самостоятельно. В данном случае определяющим при использовании термина является слово «ситуация» (т.е. одноактность и неповторимость наступления множества событий, стечения всех жизненных обстоятельств и положений, открывающихся восприятию и деятельности человека) и «объективно» (т.е. вне зависимости от воли и

© Григорьева М.И., 2010

сознания человека). На наш взгляд, здесь более уместно было бы использовать формулировку «действительно нарушающую жизнедеятельность» вместо «объективно», с одной стороны, и дополнить тем, что факт наличия трудной жизненной ситуации у человека должен иметь внешнее материальное выражение.

Понятие «социальное неблагополучие», также имеющее близкое значение рассматриваемому, понимается как негативное состояние социума, возникающее из-за влияния различных неблагоприятных социальных и природных факторов. В данном случае речь идет о социуме, в целом, однако, А.А. Давыдов выделяет ряд факторов, которые вызывают социальное неблагополучие отдельно взятого субъекта, такие как стихийные бедствия, технологические аварии; неправомерные действия местных должностных лиц; деятельность экстремистских организаций; вооруженные, межнациональные, религиозные, трудовые конфликты; эпидемии, слухи и т.д. И несмотря на то, что их действие носит кратковременный характер, сила их воздействия велика. Поэтому при работе с клиентом, который объективно или субъективно относится к категории «социально неблагополучных людей», предлагаем иметь в виду и данную группу факторов.

При этом отметим, что ощущение людьми благополучия или неблагоприятности жизненной ситуации проявляется в его поведенческих реакциях: это можно оценить с помощью различных методик, а также спрогнозировать усиление данной ситуации или выход человека из состояния кризиса. Поступки или события не являются простым отражением жизненных условий, они совершаются в результате преломления ситуации через систему ценностей самого человека, которая включает общечеловеческие, корпоративные (государственные, классовые, этнические, семейные и др.) и личностные ценности. Условия, которые кажутся крайне благоприятными для людей с одной системой взглядов, могут быть абсолютно нетерпимы для других. Следовательно, и ситуацию социального неблагополучия отдельно взятого человека возможно оценить с помощью объективных характеристик.

Термин «социальная защищенность» в современной социально-гуманитарной теории сегодня рассматривается как:

- минимум социальных гарантий, предоставляемых обществом индивиду (Б.С. Павлов);
- совокупное состояние, основная тенденция, цель и средство существования социума для человека, самовозрастание потенциала личности и общества в их объединенных усилиях (З.Х. Саралиева);

- результат деятельности целостной системы законодательно закрепленных экономических, юридических и социальных прав и свобод, социальных гарантий граждан, обеспечивающих населению определенный минимальный уровень социальной безопасности и жизнедеятельности.

Социальная незащищенность, следовательно, – это отсутствие у человека минимальных социальных гарантий, обеспечивающих его социальную безопасность и минимально достаточный уровень жизнедеятельности со стороны уполномоченных на то институтов (общества, государства, права, власти и т.д.).

Определяющим критерием отнесения человека к категории «социально незащищенных» на основании действующего российского законодательства и нормативно-правовой базы Пермского края считается критерий материальный: наличие у человека (и его семьи при её наличии) дохода, не превышающего величины прожиточного минимума, установленного для данного региона в данный момент.

Однако, основываясь на классификации объектов социальной защиты, предложенных Т.С. Еремеевой, можно расширить данный диапазон и обозначить круг лиц, которые относятся к социальной группе «представители социально-незащищенных категорий населения»:

- нетрудоспособные лица (вследствие инвалидности, возраста и иных причин);
- трудоспособные лица, которые вследствие объективных факторов не способны обеспечить себе достаточный уровень жизни (наличие нетрудоспособных иждивенцев и т.д.);
- лица, находящиеся в трудной жизненной ситуации вследствие объективных факторов (чрезвычайное бедствие, потеря кормильца и т.д.);
- мигранты (беженцы, вынужденные переселенцы и др.);
- лица, освободившиеся из мест лишения свободы;
- несовершеннолетние (в том числе из числа детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, а также освободившиеся из мест лишения свободы).

Таким образом, ситуация социального неблагополучия в большинстве носит внешний характер по отношению к человеку и основывается на ценностях общества, тогда как ситуация социальной незащищенности определяется исходя из материально-бытовых условиях существования человека в данный момент и оценивается на основе действующего российского (федерального и регионального) законодательства.

О СПОСОБАХ ЗАЩИТЫ ТРУДОВЫХ ПРАВ И СВОБОД

Правовой механизм регулирования трудовых отношений (исходя из основных функций права) включает в себя две составляющие: регулятивную и охранительную. В науке трудового права, как и в теории права в целом, принято именно через охранительную функцию определять механизм защиты субъективных трудовых прав и свобод. Указанный подход воспринят действующим трудовым законодательством и в ст. 2, 21 ТК РФ, где дается общее видение способов защиты трудовых прав работников и работодателей, и в ст. 352 ТК РФ, непосредственно посвященной таким способам защиты.

Необходимо отметить, что на сегодняшний день ст. 352 ТК РФ излагается в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. Соответствующие изменения, во-первых, устранили некоторые очевидные недостатки статьи в прежней редакции, во-вторых, что более важно, показали уход законодателя от сугубо позитивистского правопонимания, уход от исключительно патерналистской роли государства, в том числе, при защите субъективных трудовых прав. Эти изменения коснулись следующего.

Во-первых, прежняя редакция названия ст. 352 не оставляла сомнений в том, что в защите нуждались только права *работника* (по всей видимости, как наиболее слабой стороны трудового правоотношения). Однако такое положение противоречило ст. 1 ТК РФ, где среди целей трудового законодательства определяется защита прав и интересов работников и работодателей. На сегодняшний день заглавие ст. 352 ТК РФ позволяет характеризовать предложенные способы защиты трудовых прав как применительно *к работнику, так и к работодателю* (хотя, например, не ясно почему, но работодатель лишен такого способа защиты как самозащита).

Во-вторых, в прежней редакции названия ст. 352 определялось, что способы защиты, перечисленные в ней, касаются только *трудовых прав*, хотя далее по тексту начинали упоминаться как нуждающиеся в защите и *законные интересы* работников. Изменения в ТК РФ от

30 июня 2006 г. определяют, что защите подлежат *трудовые права и свободы* работника и работодателя. Такой подход видится верным, поскольку, как минимум, соответствует Конституции РФ, общепризнанным нормам международного права, где в соответствующих положениях говорится именно о правах и свободах человека и гражданина. А самое главное, конструкция «трудовые свободы» является очень емкой категорией, предполагающей возможность выбора субъектами не запрещенных нормами права моделей поведения.

В-третьих, перечень способов защиты, определенный ст. 352 ТК РФ, не является исчерпывающим. Это на сегодняшний день напрямую закреплено в появившейся в 2006 г. части первой данной статьи: «Каждый имеет право защищать свои трудовые права и свободы всеми способами, не запрещенными законом». Кроме того, часть вторая данной статьи подчеркивает, что перечисленные в ней способы являются основными, т.е. предполагается существование и других (неосновных) способов защиты. К иным (неосновным) способам защиты в науке трудового права относят: разрешение индивидуальных трудовых споров, обжалование в суд действий и решений органов государственной власти и местного самоуправления, деятельность КТС а также всех органов, задействованных в процедурах разрешения коллективных трудовых споров, участие работодателей в их объединениях, рассмотрение дел об административных правонарушениях и пр.

В-четвертых, среди способов защиты теперь называется и судебная защита, что соответствует ст. 46 Конституции РФ, а также ст. 2 ТК РФ.

В-пятых, изменился порядок перечисления основных способов защиты трудовых прав и свобод. И это нельзя отнести исключительно к области законодательной техники. В редакции Трудового кодекса 2001 г. перечисление начиналось с государственного надзора и контроля за соблюдением трудового законодательства, затем следовала защита трудовых прав работников профессиональными союзами, далее называлась самозащита работниками трудовых прав. На сегодняшний день названные способы перечислены с точностью «до наоборот», т.е., работнику предлагается сначала возможность самозащиты без обращения в юрисдикционные органы, далее работник может через объединение работников (профессиональный союз) искать справедливости, и только в последнюю очередь называются возможности обращения за защитой нарушенных прав в государственные органы (несудебные и судебные). Подобное закрепление способов защиты не означает, что субъект должен поэтапно проходить каждый из них, прежде чем перейти к следующему. Указанная позиция законодателя, как уже подчеркивалось, направлена на повышение правовой активности работников и

работодателей, на уход от сугубо позитивистского правопонимания, от исключительно патерналистской роли государства.

При всей общей положительной характеристике ст. 352 ТК РФ необходимо отметить отсутствие единообразного теоретического подхода законодателя к формулированию способов защиты субъективных прав в зависимости от сферы регулируемых общественных отношений. Так, ст. 12 ГК РФ к способам защиты гражданских прав относит признание права, восстановление положения, существовавшего до нарушения права, самозащиту права, возмещение убытков и пр. При этом необходимо отметить, что судебная защита в ГК РФ непосредственно не относится к способам защиты гражданских прав. Аналогичный предложенному в ГК РФ законодатель использует подход к понятию защиты субъективных прав и в гл. IX Земельного кодекса РФ.

По этому поводу необходимо заметить, что в юридической науке в понятие защиты прав, определяемом через их охрану, включается, во-первых, устранение препятствий в осуществлении прав либо восстановление нарушенного права и возмещение причиненного этим нарушением ущерба; во-вторых, деятельность уполномоченных государственных органов по пресечению и предупреждению нарушений трудовых прав.

В этой связи можно говорить о неоднородности структурных элементов, входящих в категорию «защита субъективных прав». В свое время Д.М. Чечот разграничил формы, средства и способы защиты субъективных прав. Форма защиты определяет порядок юридической деятельности по защите прав (судебная, административная, общественная, нотариальная). Способы защиты представляют собой предусмотренные законом действия, направленные на устранение препятствий при осуществлении прав субъектами. К средствам защиты относятся иск, заявление, жалоба, протест.

Таким образом, очевидно, что в отличие от ГК РФ, ЗК РФ в Трудовом кодексе РФ произошло смешение теоретических понятий «форма защиты» и «способ защиты».

М.А. Драчук

Омский государственный университет

ЕЩЕ РАЗ К ВОПРОСУ О МОДЕЛИ ИНСТИТУТА ДИСЦИПЛИНЫ ТРУДА

Не секрет, что трудовое право как отрасль обязано своим появлением специфике взаимного положения сторон обязательства по выпол-

нению работы без участия исполнителя в организации процесса труда. Хотя отдельные виды гражданско-правовых договоров имеют элементы контроля заказчика над процессом работы исполнителя, самостоятельность последнего, вытекающая из природы предпринимательской деятельности, не может быть ограничена на сущностном уровне, так как приведет к нарушению основных принципов гражданского права.

Напротив, трудовые отношения работника и работодателя невозможны без постоянного информационного обмена и дисциплинарного контроля, так как для третьих лиц стороны трудового договора выступают как единый субъект обязательства. Следовательно, значение и роль дисциплины труда в трудовых отношениях переоценить невозможно: практически каждая норма трудового законодательства является средством ее регламентации.

В этой связи урегулировать вопросы дисциплины труда в законодательстве можно двумя способами: непосредственным и остаточным. Последний в настоящее время избран для российского трудового законодательства, что неудивительно, так как иной подход привел бы к поглощению дисциплиной труда многих норм практически всех институтов индивидуального трудового права – оплаты и охраны труда, рабочего времени и времени отдыха, материальной ответственности работника и собственно трудового договора.

Часто дисциплину труда заменяют понятием «трудовая дисциплина», что не вполне верно. Значение указанных терминов различно, поскольку в науке трудового права традиционно сложилось двойственное понимание труда – как деятельности и как совокупной рабочей силы. Трудовая дисциплина в этой связи тяготеет только к трудовому договору и, следовательно, по мнению многих авторов, к локальному (корпоративному) уровню правового регулирования трудовых отношений. Напротив, дисциплина труда понимается, скорее, как элемент государственного управления рынком труда, объективная предпосылка связи дисциплинарного поведения работника с административными правонарушениями и преступлениями человека и гражданина. Иными словами, дисциплина труда обеспечивается не только средствами трудового правового воздействия на работника, но и нормами уголовного и административного законодательства.

Если исследовать совокупность оснований прекращения трудового договора по инициативе работодателя и основания для полной материальной ответственности работника в российском трудовом законодательстве, то станет очевидным факт включения в такие основания зна-

чительного числа бланкетных составов административно или уголовно наказуемых деяний. Иными словами, как в бывшем СССР, так и сегодня законодатель часто видит в трудовой дисциплине средство обеспечения дисциплины труда.

Эту проблему несамостоятельности работодателя решает общий принцип установления права, а не обязанности последнего на применение мер дисциплинарного взыскания. Тем не менее при дальнейшем сохранении публичного компонента в дисциплине труда (хотя автору казалось бы, более логичным сделать это только применительно к государственным и муниципальным организациям и органам власти) составы дисциплинарных увольнений и основания для привлечения работников к полной материальной ответственности следовало бы сделать бланкетными по отношению к нормам уголовного и административного права, а не непосредственными.

Например, вместо прогула можно прописать совершение работником административного правонарушения в виде причинения ущерба работодателю, для ответственности за появление в состоянии опьянения на работе следует признать работу общественным местом и т.п. И фактически таким образом можно свести все бланкетные составы дисциплины труда, обеспеченной административным и уголовным правом, к следующему: допустить увольнение или полную материальную ответственность работника за совершение им административного правонарушения или преступления, связанного с работой (трудовыми обязанностями работника).

Также в этой связи следует соотнести термины в системе дисциплины труда с административным правом. Например, термин «дисциплинарный проступок» следует заменить на «правонарушение». Также следует исключить и понятие «взыскание» и заменить его на более современный термин – «наказание», чтобы исключить морально-нравственное порицание дополнительно к мерам государственного принуждения виновного. Наконец, завершая эту модель, необходимо установить право работодателя отказывать уволенному им работнику в заключении с ним трудового договора в течение определенного срока после его увольнения по дисциплинарным основаниям (например в течение одного года).

Если же встать на позицию договорного характера дисциплинарной ответственности работника, о которой говорил еще Л.С. Таль, то очевидно, что мы должны говорить о трудовой дисциплине, а не о дисциплине труда, и в этой связи коренным образом изменить советскую и

постсоветскую модели обеспечения исполнения работником своих трудовых обязанностей. В этом случае необходимо устранить законодателя от регулирования видов дисциплинарных взысканий (или хотя бы сделать их перечень открытым) и свести его роль к определению принципов такой ответственности. Также необходимо отказаться от понимания увольнения как дисциплинарного наказания работника, поскольку договор не предполагает его прекращения как санкции – это скорее форма защиты нарушенного права. Следовательно, фактически трудовая дисциплина может быть только формой воздействия на работающего человека до его увольнения, а не в форме последнего.

Также следует более точно определить роль и значение дисциплинарных взысканий в прекращении трудового договора за нарушение трудовой дисциплины. Фактически, если мы сводим их роль к предупреждению о возможном увольнении (а термин «увольнение» также необходимо убирать из законодательства при договорной модели дисциплинарной ответственности), то было бы более верным обуславливать прекращение трудового договора повторным совершением однородного дисциплинарного правонарушения в течение определенного срока.

Можно как вариант ввести иной (или другой, дополнительный) состав «прекращение трудового договора за систематическое в течение определенного времени совершение разнородных нарушений трудовой дисциплины». Но в этом случае их должно быть много, так как при повторении однородного правонарушения у нас есть четкое понимание умышленного неподчинения работника требованиям трудового договора, а вот при разнородных нарушениях вина почти всегда сводится к форме неосторожности, для увольнения за которую требуется качественная совокупность, например 10 правонарушений в течение трех лет.

Как альтернатива, может существовать и меньшее число разнородных нарушений, но тогда они должны быть только из области трудовой дисциплины, а не за любые нарушения работником своих трудовых обязанностей (в том числе функциональных или технологических). Например, было бы возможно увольнение за систематическое неисполнение работником правил внутреннего трудового распорядка при наличии оформленного за каждое нарушение наказания.

Возможно, следовало бы избавиться и от закрытого перечня морально-отрицательных санкций типа «замечание», «выговор» или «строгий выговор»; «предупреждение» гораздо лучше и соответствует

тенденциям развития теории права, а также гражданскому и административному законодательству. Кроме того, открытый перечень никаких особо отрицательных последствий не возымеет, так как фактически вся роль дисциплинарного взыскания до увольнения сводится именно к предупреждению о возможном прекращении трудового договора. Для целей усиления именно корпоративной дисциплины было бы лучше дать работодателю право самому избирать формы предупреждения (наказания), а сдерживать работодателя будут отрасли публичного права.

В.В. Жернаков

Национальной юридической академии Украины

ПОНЯТИЕ И ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ИСПЫТАНИЯ РАБОТНИКОВ ПО УКРАИНСКОМУ ТРУДОВОМУ ПРАВУ

1. Испытание с целью проверки соответствия работника поручаемой работе может быть установлено только при приеме на работу. Характеризуя назначение испытания, необходимо исходить из того, что общественная организация труда предполагает наличие многочисленных профессий, каждая из которых требует особых теоретических знаний и практических навыков. Необходимым условием успешного осуществления трудовой деятельности является умение каждого участника трудового процесса на надлежащем уровне выполнять порученную работу. Целям наиболее эффективного, рационального использования трудовых ресурсов, повышению на этой основе качества выполняемой работы, росту производительности труда способствует подбор и расстановка кадров. В этом процессе испытание при приеме на работу играет весьма существенную роль. Оно является важной правовой формой проверки профессиональных, морально-психологических и других качеств работников.

2. В испытании можно условно выделить два органически связанных элемента: во-первых, выявление в процессе выполнения работы навыков, знаний, возможностей, способностей, имеющихся у работника; во-вторых, непосредственное сравнение, сопоставление этих качеств с требованиями, предъявляемыми к выполнению данной работы.

© Жернаков В.В., 2010

3. Анализируя нормы права, посвященные испытанию, можно выделить юридические признаки испытания : его назначение – проверку соответствия индивидуальных качеств работника требованиям, предъявляемым к выполнению данной работы; согласительный порядок установления; ограничение срока испытания пределами, установленными законом; способ испытания, т.е. проверку соответствия путем оценки выполненной обусловленной в трудовом договоре работы. Объединяя их надо определить испытания как обусловленную при заключении трудового договора соглашением сторон и проводимую путем оценки результатов трудовой деятельности в пределах установленных законом сроков проверку соответствия профессиональных, моральных и других качеств работника требованиям, предъявляемым к выполнению порученной работы.

4. В литературе и по практике встречаются утверждения, будто испытание предшествует «окончательному приему на работу, а работник выдержавший испытание, считается «окончательно принятым». Представляется, что такие формулировки противоречат месту испытания в развитии трудового правоотношения и могут привести к неправильному выводу о возможности заключения трудового договора в неокончательном виде. В принципе, при приеме на работу производится не испытание, а заключение трудового договора с условием об испытании; само же испытание производится после принятия на работу, в процессе трудовой деятельности.

5. Целями испытания выступают: содействие использованию работников в соответствии с их профессиональными качествами, конкретными трудовыми навыками; способствование стабильности трудового правоотношения; укрепление трудовой дисциплины; создание надлежащего морально-психологического климата в коллективе; повышение за счет всех перечисленных факторов производительности труда.

Юридическое значение испытания заключается в том, что оно, будучи условием трудового договора, влечет за собой правовые последствия в виде возникновения определенных прав и обязанностей сторон, изменения содержания трудового договора или его расторжения. Основываясь на общетеоретических положениях, испытание необходимо отнести к юридическим фактам-действиям. Испытание как юридический факт характеризуется двумя моментами: его установлением (соглашением сторон о включении условия об испытании в содержание трудового договора) и результатами.

Т.А. Зыкина

Архангельский государственный технический университет

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ЗАЩИТЫ ДЕТЕЙ ОТ ТРУДА В МАЛОЛЕТНЕМ ВОЗРАСТЕ

Необходимость защиты прав детей, работающих в малолетнем возрасте, вызвана тем, что их труд, как правило, является вынужденным, они чаще, чем взрослые подвергаются эксплуатации, а их возможности на защиту своих прав, а также на обучение и свободное развитие отсутствуют или ограничены. Усиленная забота о малолетних работниках диктуется также рядом характерных для них специфических особенностей: беззащитностью, беспомощностью, недостаточностью жизненного опыта.

Основной причиной, по которой многие дети в России, как и в других странах, работают, прежде всего, является бедность, отсутствие достаточных средств к существованию, когда дети вынуждены искать работу, чтобы помочь своим семьям выжить. Кроме того, нельзя исключать роль субъективного фактора, отражающего желание детей заработать деньги для собственных нужд, несмотря на то, что они обеспечены своими родителями. Естественно, второй вариант относительно свободного волеизъявления ребенка тоже противоположен, но труд при этом положении дел не является вынужденным средством самосохранения. Важнее определить какие существуют возможности влияния на искоренение вынужденного детского труда, как восстановить права детей в этой сфере.

Под детским трудом следует, по нашему мнению, понимать любую нелегальную работу, осуществляемую в возрасте ниже определенного законом уровня, наносящую вред психическому, нравственному и (или) физическому здоровью детей и препятствующую их полноценному развитию, включая обучение.

Действующее российское законодательство, включая Конституцию Российской Федерации, в целом обеспечивает выполнение требований ратифицированных международных документов относительно запрещения детского труда. Расширению возможности защиты прав детей служит установленная Уголовным кодексом РФ ответственность за вовлечение несовершеннолетних в преступную деятельность

© Зыкина Т.А., 2010

или занятие проституцией. Кроме того, разработаны меры деятельности государственных органов по предотвращению детского неблагополучия, реабилитации детей, которые подверглись эксплуатации. Приняты и действуют, как на федеральном, так и региональном уровнях, программы по обеспечению права детей на образование. Большое значение для искоренения детского труда имеет государственная поддержка семьи, в частности, увеличение детских пособий, выплата субсидий малообеспеченным семьям. Эти и другие способы борьбы с таким злом, как детский труд, безусловно, важны и могут существенно снизить частоту возникновения случаев нелегальной работы детей.

Тем не менее, малолетние работники при существующем российском законодательстве не могут рассчитывать на стройную систему защиты их прав, которая создана для тех, кто работает на законных основаниях. Как известно, разрешенный труд несовершеннолетних работников регулируется с учетом возрастных особенностей их организма, при этом вводятся дополнительные запреты, касающиеся охраны их здоровья и нравственности. Скрытый характер детского труда способствует тому, что этот труд часто не оплачивается вообще, или оплачивается ниже всяких стандартов, а условия, в которых он осуществляется, не контролируются государством.

Ситуация осложняется тем, что при наличии прямого запрета детского труда, в обществе все еще не сформировалось осознание необходимости активной деятельности по запрещению работы детей. Напротив, бытует мнение, что детей следует привлекать к труду как можно раньше.

Защиту детей от труда в малолетнем возрасте следует связывать с осуществлением их права на жизнь. Детский труд в этом аспекте следует расценивать как результат неправомерного посягательства на жизнь ребенка со стороны любого лица, которое привлекает его к незаконному труду. Все иные права ребенка, как субъекта права, так или иначе, объединяются вокруг фундаментального права на жизнь. Соблюдение права на жизнь повышает возможность реализации естественных прав ребенка, связанных с индивидуальной, частной жизнью, таких, например, как право на свободу и личную неприкосновенность.

Одним из связанных с правом на жизнь и малоизученных в теории трудового права вопросов является вопрос о праве ребенка на сохранение его общей и профессиональной трудоспособности для осуществления труда в будущем.

Трудоспособность личности определяет ее возможности на осуществление трудовой деятельности. Умаление или потеря трудоспособности в детском возрасте, например, в результате несчастного случая,

наступившего в период работы, может привести к невозможности найти работу по достижению возраста, разрешенного для трудовой деятельности. Следует иметь в виду, что трудоспособность оказывает влияние на трудовой потенциал не только отдельно взятого человека, организации, но и страны в целом. По этой причине защита права ребенка на способность к труду достаточно серьезная задача. У детей, попавших в производственную среду, еще не может быть четких социально-экономических стимулов, способных формировать их активное отношение к своему здоровью, а, следовательно, и к сохранению трудоспособности.

Общество, к сожалению, не всегда обладает четкой информацией о тех работодателях, которые используют детский труд. При этом существует много законных способов борьбы с работодателями - нарушителями трудового законодательства. Например, статьей 5.27 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (КоАП РФ) предусмотрены различные меры от штрафа до приостановления деятельности и дисквалификации за нарушения законодательства о труде и об охране труда, к которым, безусловно, относятся случаи применения труда детей.

К сожалению, при всей важности положений статьи 5.27 КоАП РФ приходится констатировать, что нарушения трудовых прав детей не выделены в особый состав ни в этом, ни в иных нормативных актах.

Проблема запрещения детского труда связана также с необходимостью восстановления прав детей, труд которых противозаконно использовался. Существующая возможность привлечения к ответственности тех работодателей, которые нарушили нормы российского законодательства о запрете детского труда, не позволяет, тем не менее, решить все вопросы о защите прав малолетних работников.

Восстановление прав детей, чей труд использовался вопреки требованиям закона, требует учета особенностей малолетнего возраста и условий несвободного труда, которые в совокупности не позволяли им своевременно получить государственную защиту.

Было бы несправедливым ограничить борьбу с нелегальным детским трудом выявлением случаев незаконного привлечения к труду малолетних детей и наказания виновных в этих действиях.

Установление фактов работы детей у конкретных работодателей, в том числе, в судебном порядке должно влечь за собой возможность признания за ними трудовых прав, наравне с правами тех, кто работает на законных основаниях.

В целях усиления возможностей защиты прав малолетних работников, необходима ратификация в России Европейской конвенции об осуществлении прав детей¹, поскольку этот документ направлен на предоставление детям процессуальных прав и содействие осуществлению ими этих прав путем обеспечения условий, при которых они лично или через других лиц или органы будут информированы и допущены к участию в рассмотрении судебными органами касающихся их дел.

¹ Европейская конвенция об осуществлении прав детей от 25 января 1996 г. ETS №160 / Международные акты о правах человека. Сборник документов. М.: Норма-ИНФРА-М, 2002. С. 733–740.

А.В. Кручинин

Удмуртский государственный университет

ТРУДОВОЕ ПРАВО В СВЕТЕ ПОСТНЕКЛАССИЧЕСКОЙ НАУЧНОЙ РАЦИОНАЛЬНОСТИ

1. Философско-методологические традиции содержат существенно различающиеся видения в отношении содержания научной деятельности, критериев научного познания. Прежде всего представления о науке, научном познании и его методах менялись в ходе исторического развития. Это соотносят, как правило, с изменениями в основаниях выделения объектов научного познания, гносеологических установках, способах обоснования научного знания, ценностного отношения к его статусу и т.д. – словом, всего того, что охватывается научным сознанием как сфера науки, укладывается в некоторую логику научного познания и в современной науковедческой литературе объединяется понятием научной рациональности (Н.Н. Тарасов). Эволюция же рациональности от классической, когда исследующий субъект непосредственно взаимодействует с объектом, до постнеклассической, где познание ориентировано на ценностно-целевые структуры, связано среди прочего с признанием специфики гуманитарных наук, или наук о культуре (В.С. Степин, В.С. Швырев).

2. Учение о специфике науки о культуре стало развиваться двумя направлениями в конце XIX – начале XX столетия. Одно из них – неогегельянство (В. Дильтей, Г. Зиммель, Б. Кроче) определяло специфику

этой науки через ее предмет, второе – неокантианство баденской школы (Г. Риккерт, В. Виндельбанд) – через специфический метод науки. Развил учение Г. Риккерта М. Вебер. Г. Риккерт полагал, что существует некий «надъисторический интерес» (ценность), формирующий у исследователя выбор и обработку объекта эмпирического исследования. Указанная ценность не зависит от исторических условий, постоянна, это, пользуясь понятийным аппаратом И. Канта, категорический императив. М. Вебер полагал, что интерпретация исследователем эмпирического поля обусловлена интересом эпохи – той конкретной социокультурной ситуацией, в которой находится исследователь (П.П. Гайденко, Ю.Н. Давыдов). Исходя из указанных посылок сформировался такой специфический методологический аппарат, как герменевтика, которая рассматривается нами как необходимый элемент постнеклассической научной рациональности.

3. По мнению М.В. Лушниковой и А.М. Лушников, многие проблемы общей и особенной части трудового права не могут быть в настоящее время не только решены, но и поставлены вне определенного методологического ракурса. Без этого дискуссии о предмете, методе и источниках трудового права приобретают неопределенный и даже схоластический характер. Методологический ракурс, о котором говорят ученые, есть не что иное, как исследовательская стратегия, включающая в себя не только формирование понятийного аппарата, но и постановку методологической схемы исследования. Именно собственный понятийный аппарат и методологическая схема научного исследования формируют специфику методологии отраслевой юридической науки, в том числе науки трудового права.

4. Специфика методологии науки трудового лежит в первую очередь в тех ценностно-целевых структурах, которые определяют эмпирическое поле, объект и предмет научного исследования. Фактически такие структуры сформировались еще на заре науки, были сформулированы как предтеча формирования законодательного регулирования трудовых отношений. Самым общим образом целевая структура была сформулирована в виде трех основных проблем, сформулированных В.Г. Яроцким: необходимость государственного вмешательства в отношения по применению чужого труда (трудовые отношения); фактическая возможность или осуществимость такого вмешательства; право государства на такое вмешательство (А.М. Лушников). Ценностная структура нашла свое отражение в более позднем признании того обстоятельства, что труд человека товаром не является, а значит, предмет сделки быть не может, т.е. не получит принципиального признания права на труд, безопасные его условия, защиту от дискриминации, не-

допустимость принудительного и обязательного труда, справедливое вознаграждение за труд, защиту от безработицы.

5. Таким образом, формируемая в свете постнеклассической научной рациональности исследовательская стратегия в науке трудового права должна быть основана на тех ценностно-целевых структурах, которые сформулированы как источники существования этой науки. Отказ от такой методологической стратегии в конечном итоге может привести к потере ориентиров, а затем переходу от теоретического уровня познания к схоластике, основанной исключительно на толковании позитивного права, т.е. к утрате статуса науки. Между тем, исходя даже исключительно из практических задач построения перспективных теоретических моделей социальных отношений в сфере труда, их правовое оформление с учетом ценностно-целевых структур представляется весьма важным и необходимым.

С.М.Кудрин

А.С.Кудрин

Пермский государственный университет

ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ ИЗМЕНЕНИЙ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ПЕРИОД ВЕЛИКОЙ ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ВОЙНЫ

Небывалая по масштабам война потребовала огромного количества людских ресурсов для ведения боевых действий и обслуживания военной экономики. В условиях войны проблема обеспечения предприятий рабочей силой была одной из самых трудных. Миллионы граждан были призваны в Красную Армию. Положение осложнялось тем, что в первые месяцы войны вражескими войсками была захвачена часть советской территории, на которой проживало 45% населения страны, в большинстве своем не успевшего эвакуироваться. Численность рабочих и служащих сократилась с 31,8 млн. чел. в первом полугодии 1941 г. до 18,4 млн. в 1942 г. и составила 59% к уровню 1940 г.¹ В связи с этим «при таких условиях нельзя было обеспечить хозяйство рабочей силой довоенными методами свободных договоров. Возникла необходимость мобилизации и введения различных трудовых повинностей населения»².

© Кудрин С.М., Кудрин А.С., 2010

И. Я. Киселев считал, что «чрезвычайные меры насильственного порядка, введенные в начале 40-х гг., были более усилены и дополнены другими мерами, диктуемыми военной обстановкой»³.

К. Н. Гусов указывает, что «во время войны чрезвычайное военное законодательство допускало неограниченное по существу рабочее время, так как вводила обязательную сверхурочную работу»⁴.

Данной позиции придерживается и И. В. Малых, который полагает, что «в годы Великой Отечественной войны меры насильственного порядка были еще более усилены государством»⁵.

Выполнение этой задачи обеспечивалось проведением следующих мероприятий.

1. Установление обязательных сверхурочных работ и отмена очередных и дополнительных отпусков

Г. К. Москаленко определял, что «сверхурочной является работа, которая производится рабочим или служащим по распоряжению или с ведома администрации сверхустановленного для него рабочего времени»⁶.

Указ Президиума Верховного Совета СССР (далее - ПВС СССР) от 26 июня 1941 г. «О режиме рабочего времени рабочих и служащих в военное время»⁷ предоставил директорам предприятий промышленности, транспорта, сельского хозяйства и торговли право устанавливать, с разрешения СНК СССР, как для всех рабочих и служащих предприятий, так и для отдельных цехов, участков и групп рабочих и служащих обязательные сверхурочные работы продолжительностью от 1 до 3 ч. в день. Лица, не достигшие 16 лет, могли привлекаться к обязательным сверхурочным работам не более 2 ч. в день. Были отменены очередные и дополнительные отпуска с их заменой денежной компенсацией за неиспользованный отпуск во всех государственных, кооперативных и общественных предприятиях и учреждениях. Отпуска предоставлялись лишь в случае болезни.

2. Введение трудовых мобилизаций трудоспособного населения

Расширение военного производства потребовало нового пополнения рабочей силы. В связи с этим был принят Указ ПВС СССР от 13 февраля 1942 г. «О мобилизации на период военного времени трудоспособного городского населения для работы на производстве и строительстве»⁸, который постановил «признать необходимым на период военного времени мобилизацию трудоспособного городского населения для работы по месту жительства на производстве и строительстве, в первую

очередь в авиационной и танковой промышленности, промышленности вооружения и боеприпасов, в металлургической, химической и топливной промышленности».

Порядок, сроки и размеры мобилизации трудоспособных граждан на указанные работы определялся СНК СССР.

Лица, уклоняющиеся от мобилизации для работы на производстве и строительстве, привлекались к уголовной ответственности или подвергались по приговору народного суда принудительным работам на срок до 1 года.

Приток на производство новых кадров из городского населения состоял в основном из женщин-домохозяек, молодежи, пенсионеров, инвалидов труда и войны.

Происходила массовая замена тяжелого мужского труда женским. Так, на Пермскую железную дорогу за 8 месяцев войны было принято 1 450 домохозяек⁹. На лесозаготовительных предприятиях Коми-Пермяцкого округа женщины на производстве составляли 70% общего числа лесорубов, на рубке леса – 90%¹⁰. К 1945 г. женщины составили 52% общей численности рабочих и служащих промышленности СССР¹¹.

В годы войны произошло омоложение рабочего класса. Удельный вес молодежи среди трудящихся промышленности, строительства и транспорта Урала в 1942 г. превысил 50%. «Наибольший размах трудовой мобилизации пришелся на 1942 год. Так, в Пермской области было мобилизовано 7,5 тыс. человек»¹².

Крупным источником пополнения кадров явилось эвакуированное население. Всего из находящихся под угрозой оккупации районов до 1 февраля 1942 г. было вывезено свыше 10 млн. чел., из них более 2 млн. разместились на Урале.

Одной из форм привлечения рабочей силы, особенно на первом этапе войны, явились рабочие колонны, создаваемые из военнообязанных, временно или постоянно не подлежащих призыву в Красную Армию, а также строительные батальоны, составленные из призванных в армию старших возрастов и направленные на сооружение важнейших объектов военной, металлургической, топливно-энергетической и других отраслей промышленности¹³.

В конце 1941 г. на предприятия стали возвращаться инвалиды войны. СНК СССР в постановлениях «О трудовом устройстве инвалидов Отечественной войны (май 1942 г.)», «О привлечении на время войны инвалидов III группы, получающих пенсии по государственному

социальному страхованию, на работу в предприятия и учреждения» (август 1942 г.) обязал органы социального обеспечения, руководителей предприятий и учреждений без задержек предоставлять работу инвалидам с учетом соответствующих заключений ВТЭК. За работающими инвалидами сохранялась пенсия независимо от размера их заработка.

Помимо мер, направленных на привлечение различных категорий трудящихся на промышленные предприятия, на производстве сохранялись высококвалифицированные рабочие, инженерно-технические работники путем бронирования – освобождения на определенный срок от призыва в Красную Армию.

С целью обеспечения колхозов и совхозов необходимыми кадрами Постановлением СНК СССР и ЦК ВКП(б) от 13 апреля 1942 г. «О порядке мобилизации на сельскохозяйственные работы в колхозы, совхозы и МТС трудоспособного населения городов и сельских местностей»¹⁴ разрешалось совнаркомам союзных и автономных республик, краевым и областным исполкомам привлекать в наиболее напряженные периоды сельскохозяйственных работ 1942 г. в порядке мобилизации на работы в колхозы, совхозы и МТС следующие категории лиц:

а) трудоспособное население городов и сельских местностей, не работающее на предприятиях промышленности и транспорта;

б) часть служащих государственных, кооперативных и общественных учреждений, в первую очередь из органов Наркомзема и Наркомсовхозов, однако не в ущерб работе учреждений;

в) учащихся 6 - 10 классов неполных средних и средних сельских и городских школ, студентов техникумов и вузов, за исключением студентов выпускного курса вузов.

Мобилизации на сельскохозяйственные работы из числа трудоспособного населения и служащих подлежали лица мужского пола в возрасте от 14 до 55 лет и лица женского пола от 14 до 50 лет.

Закреплялось, что продолжительность рабочего дня для учащихся школ на сельскохозяйственных работах составляет от 6 до 8 ч. в зависимости от их возраста и характера работы.

Лица, уклонявшиеся от мобилизации на сельскохозяйственные работы или самовольно ушедшие с работы, за исключением учащихся и студентов, привлекались к уголовной ответственности и подвергались по приговору народного суда к принудительным работам по месту жительства на срок до 6 месяцев с удержанием из заработной платы до 25%.

Указ ПВС СССР от 22 июня 1941 г. «О военном положении»¹⁵ предоставлял военным властям в местностях, объявленных на военном положении, право «в соответствии с действующими законами и постановлениями Правительства привлекать граждан к трудовой повинности для выполнения оборонных работ, охраны путей сообщения, сооружений, средств связи, электростанций, электросетей и других важнейших объектов, для участия в борьбе с пожарами, эпидемиями и стихийными бедствиями».

На Урале, как и в других районах страны, была введена трудовая и гужевая повинность. Н.Г. Александров рассматривал трудовую повинность как вид экстраординарного трудового правоотношения и считал, что «трудовой повинностью называется особая трудовая обязанность, сопряженная с временным отвлечением граждан от их обычных занятий и заключающаяся в выполнении, по указанию органов государственной власти, кратковременных общественно — необходимых работ, не требующих квалификации»¹⁶.

3. Закрепление трудовых ресурсов за предприятиями. Ужесточение трудовой дисциплины

Указ ПВС СССР от 29 сентября 1942 г. «О переводе на положение мобилизованных рабочих, служащих и инженерно – технических работников в близких к фронту районах»¹⁷ устанавливал, что все рабочие, служащие и инженерно – технические работники мужского и женского пола, работающие в государственных предприятиях и учреждениях в районах, близких к фронту, переводятся на положение мобилизованных и закрепляются за теми предприятиями и учреждениями, в которых они работают. Перечень районов, близких к фронту, определялся Государственным Комитетом Обороны. Перевод на положение мобилизованных рабочих, служащих и инженерно-технических работников объявлялся приказом областного, городского или районного военного комиссара.

Самовольный уход с предприятий и учреждений рабочих, служащих и инженерно-технических работников, переведенных на положение мобилизованных, рассматривался как дезертирство, и лица, виновные в самовольном уходе (дезертирстве), карались согласно Указу Президиума Верховного Совета СССР от 26 декабря 1941 г. тюремным заключением на срок от 5 до 8 лет.

Дела о лицах, виновных в самовольном уходе, а также в уклонении от обязательной эвакуации, рассматривались военными трибуналами.

Руководители предприятий (учреждений), не обеспечившие организованной и полной эвакуации рабочих, служащих и инженерно-технических работников, привлекались к уголовной ответственности и подвергались по приговору военного трибунала тюремному заключению на срок от 5 до 10 лет.

Указ ПВС СССР от 15 апреля 1943 г. «О введении военного положения на железных дорогах»¹⁸ объявлял все железные дороги на военном положении. Все рабочие и служащие железнодорожного транспорта на период войны считались мобилизованными и закреплялись для работы на железнодорожном транспорте. Ответственность работников железнодорожного транспорта за преступления по службе устанавливалась наравне с военнослужащими Красной Армии. Дела о всех преступлениях, совершенных на железнодорожном транспорте, рассматривались в военных трибуналах железных дорог по законам военного времени.

Действие данного Указа распространялось на речной и морской транспорт.

Указ ПВС СССР от 26 декабря 1941 г. «Об ответственности рабочих и служащих предприятий военной промышленности за самовольный уход с предприятий»¹⁹ закреплял, что «задача увеличения производства продукции на предприятиях военной промышленности и дальнейшего усиления снабжения Красной Армии всеми видами вооружения требует безусловного закрепления рабочих и служащих на предприятиях военной промышленности... Все рабочие и служащие мужского и женского пола предприятий военной промышленности (авиационной, танковой, вооружения, боеприпасов, военного судостроения, военной химии), в том числе эвакуированных предприятий, а также предприятий других отраслей, обслуживающих военную промышленность по принципу кооперации, считались на период войны мобилизованными и закреплялись для постоянной работы за теми предприятиями, на которых они работали».

Самовольный уход рабочих и служащих с предприятий указанных отраслей промышленности, в том числе эвакуированных, рассматривался как дезертирство, и лица, виновные в самовольном уходе (дезертирстве), карались тюремным заключением на срок от 5 до 8 лет. Дела о лицах, виновных в самовольном уходе (дезертирстве) с предприятий указанных отраслей промышленности, рассматривались военными трибуналами.

Была изменена квалификация повторного прогула, совершенного лицом, уже осужденным к исправительно - трудовым работам.

Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 7 июля 1941 г. указало, что повторный прогул, совершенный без уважительных причин во время отбывания наказания за прогул, следует рассматривать как самостоятельное преступление и определять ответственность путем суммирования наказаний. Если же работник, на которого наложено дополнительное наказание, в третий раз совершит прогул, то это следует расценивать как самовольный уход с работы.

4. Подготовка рабочих кадров

Новое пополнение кадров, в основном женщины и молодежь, нуждалось в серьезной подготовке, так как многие из них никогда ранее не работали на производстве, не владели элементарными производственными навыками. Основной формой было индивидуально-бригадное обучение на производстве. Преимущество состояло в быстрой подготовке рабочих на базе того оборудования, на котором предстояло им работать; одновременное обучение большого числа работников в зависимости от потребностей предприятия.

В соответствии с постановлением СНК СССР «Об организации на предприятиях индивидуального и бригадного ученичества» (май 1942 г.) администрации разрешалось на время войны принимать на обучение и для последующей работы на производстве подростков, достигших 14 лет. Для них устанавливался шестичасовой рабочий день, определялись заработная плата и плата за их обучение. Начиная с 1942 г. СНК СССР стал выделять средства на все виды подготовки и переподготовки рабочей силы.

Осенью 1943 г. на основании постановления СНК СССР «Об обучении подростков, работающих на предприятиях» (июль 1943 г.) возобновили работу школы рабочей молодежи (ШРМ).

5. Стимулирование трудовых достижений. Установление государственной поддержки некоторым категориям граждан

В.М. Догадов писал, что «в условиях Великой Отечественной войны издавались отдельные постановления по вопросам оплаты труда, стимулирующие достижение лучших показателей в работе. Таковы, например, постановления о заработной плате поездных и маневренных бригад железнодорожного транспорта, работников угольных шахт, работников машинно – тракторных станций»²⁰.

Были установлены льготы для работающих инвалидов Великой Отечественной войны.

Льготы были предоставлены и для граждан, добровольно вступивших в действующую армию. За такими лицами сохранялись рабочее место и занимаемая должность.

В этот период был издан ряд актов, направленных на трудоустройство подростков, оставшихся в условиях военного времени без попечения родителей, а также членов семей военнослужащих.

Несмотря на тяжелые условия военного времени, государство взяло на себя расходы по оказанию материальной поддержки некоторым категориям граждан. Так, Указ ПВС СССР от 8 июля 1944 г. «Об увеличении государственной помощи беременным женщинам, многодетным и одиноким матерям, усилении охраны материнства и детства, об установлении высшей степени отличия – звания «Мать-героиня» и учреждении ордена «Материнская слава» и медали «Медаль материнства»²¹ провозглашал, что «забота о детях и матерях и об укреплении семьи всегда являлась одной из важнейших задач советского государства. Согласно Указу руководители предприятий и учреждений обязаны были предоставлять беременным женщинам очередной отпуск, приурочивая его к отпуску по беременности и родам, а также оказывать помощь беременным женщинам и кормящим матерям путем дополнительной выдачи им продуктов из подсобных хозяйств. Были увеличены размеры государственных пособий одиноким и многодетным матерям.

Проведение мер, связанных с увеличением государственной помощи беременным женщинам, одиноким и многодетным матерям, охраной материнства и детства, было вызвано большими человеческими потерями на фронтах Великой Отечественной войны, необходимостью увеличения рождаемости для восполнения людских ресурсов, поддержки многодетных семей, потерявших кормильца.

Таким образом, трудовое законодательство в годы Великой Отечественной войны характеризуется усилением административно – командных методов воздействия на трудовые отношения, оправдываемым руководством страны военным положением, использованием любых средств для достижения главной цели – победы над врагом.

¹ История Коммунистической партии Советского Союза. Т. 5. М., 1970. С. 286.

² История государства и права СССР: учебник. М., 1966. С. 375.

³ Киселев И.Я. Трудовое право России: учеб. пособие. М., 2001. С. 204.

⁴ Трудовое право России: учеб. пособие / под ред. В.Н. Толкуновой. М., 1996. С. 38.

⁵ Малых И. В. Сокращение рабочей силы, используемой работодателем, в трудовом праве России и за рубежом. Пермь, 2008. С. 71 – 72.

- ⁶ Москаленко Г.К. Рабочее время и время отдыха // Советское трудовое право. М., 1949. С. 183.
- ⁷ Цит. по: Хрестоматия по истории России: учеб. пособие / А.С. Орлов, В.А. Георгиев, Н.Г. Георгиева, Т.А. Сивохина. М., 2006. С. 481–482.
- ⁸ Ведомости ВС СССР. 1942. №6.
- ⁹ Урал – фронту. Указ. соч. С. 155.
- ¹⁰ Материалы окружного музея г. Кудымкара. (Цит. по: Урал – фронту. Указ. соч. С. 22).
- ¹¹ Страна Советов за 50 лет: сб. стат. материалов. М., 1967. С. 235.
- ¹² Митрофанова А.В. Рабочий класс СССР в годы Великой Отечественной войны. М., 1971. С. 192.
- ¹³ Урал – фронту. Указ. соч. С. 162.
- ¹⁴ СП СССР. 1942. № 4.
- ¹⁵ Ведомости ВС СССР. 1941. № 29.
- ¹⁶ Александров Н.Г. Социалистическое трудовое правоотношение // Советское трудовое право. М., 1949. С. 73.
- ¹⁷ Ведомости ВС СССР. 1942. № 38.
- ¹⁸ Ведомости ВС СССР. 1943. № 15.
- ¹⁹ Там же. 1942. № 2.
- ²⁰ Советское трудовое право. Указ. соч. С.112.
- ²¹ Ведомости ВС СССР. 1944. №37.

В.А. Леденцова

Пермский государственный университет

СОЦИАЛЬНАЯ АКТИВНОСТЬ ВЗРОСЛЫХ ИНВАЛИДОВ: ПОНЯТИЕ И ЕЕ ОЦЕНКА.

Исследование феномена социальной активности в отечественной психологической мысли ведется около тридцати лет, особый всплеск интереса приходится на 80-е годы, когда было написано большинство работ по данной тематике: Т.П.Богданова (1980), В.Н.Константинов (1989), И.И.Купцов (1989), Г.С.Широкалова (1984) и др.; известны и более поздние работы: А.В.Золотухин (2004), Т.Г.Емельянова (2006), Е.С.Соколова (2008) и др. В Пермской психологической школе одним из приоритет направлений научной деятельности является исследование активности, основанное на учении об интегральной индивидуальности (А.А.Волочков, Б.А.Вяткин). С позиций данного подхода социальная активность исследовалась в работах Н.А.Кириловой (1997, 2000), аспекты данного явления затронуты в работах А.А.Волочкова (2005, 2007),

Б.А.Вяткина (2005, 2007). Однако нам не известны работы, где объектом исследования выступала социальная активность взрослых инвалидов, где было бы определено понятие социальной активности взрослых инвалидов, предложены методики ее диагностики. Между тем исследование социальной активности взрослого инвалида и ее оценка, может быть полезной при выборе специалистами реабилитационных мероприятий, а также непосредственно в психологическом консультировании и коррекционной работе.

Известно, что в *психологии* активность может быть определена как универсальный способ, форма и мера природно-социальных взаимодействий, в ходе которой человек развивается и проявляется преимущественно как их субъект (прежде всего, в плане преобладания внутренней детерминации над внешней) (А. А. Волочков, 2007).

Проявления активности у человека весьма разнообразны, как и ее разновидности: моторная, сенсорная, интеллектуальная, эмоциональная, волевая, социальная и т. д. Очевидно, что не все они в одном и том же возрасте, в одной и той же деятельности (учебной, трудовой, игровой, спортивной, художественно-творческой и пр.) являются равнозначными для развития индивидуальности. В каждом возрастном периоде развития человека (дошкольном, младшем школьном, подростковом, юношеском, зрелом) какой-то один или несколько видов активности, в силу большей его значимости для развития, на данном этапе выступает в качестве ведущей активности, благодаря которой изменяются связи между разноуровневыми свойствами индивидуальности (Б.А. Вяткин, 2007).

Ведущей активностью может быть как в связи с определенным периодом возрастного развития в одной и той же деятельности (например, учебной), так и в связи со спецификой деятельности (например, спортивной) или жизнедеятельности (например, пребывания в исправительных учреждениях) (Б.А. Вяткин, 2007).

Так, согласно представлениям К.А. Абульхановой-Славской, ведущей активностью в младшем школьном возрасте является учебная, в подростковом – коммуникативная, в старшем – социальная (К.А. Абульхановой-Славской, 1988). Итак, учитывая особенности жизнедеятельности инвалида и возрастной критерий, можем сделать вывод, что для взрослых инвалидов ведущим видом активности является именно социальная активность.

Под активностью, если опираться на теоретические основы, сформированные Пермской психологической школой, в целом, и на теорию целостной активности субъекта в условиях конкретной сферы жизнедеятельности, бытия, в частности, следует понимать качественно-количественную меру взаимодействий субъекта в определенной сфере

бытия. Исходя из этого, возможно понимание социальной активности как вида активности субъекта бытия и определении ее как качественно-количественной меры взаимодействий субъекта в социальной сфере бытия, в социальном мире, а социальной активности инвалида, как следствие, как качественно-количественной меры взаимодействий взрослого инвалида в социальной сфере его бытия, где, учитывая проблемы и барьеры бытия инвалида, под социальными сферами бытия понимаются следующие сферы активности: профессиональная и учебная активность, активность в семейной сфере, социально-бытовая активность, хобби-активность, коммуникативная активность, специальная активность инвалида.

Данный аспект и был взят за основу конструирования опросника экспертной оценки социальной активности взрослого инвалида - САИ. Диагностика социальной активности опирается на стандартизованные программы наблюдения, которые заполняют представители близкого социального окружения взрослых инвалидов (члены семьи, специалисты учреждений, непосредственно занятые в реабилитационной работе с инвалидами). Вопросник легко обрабатывается и интерпретируется, однако дает лишь приблизительную возможность оценить социальную активность взрослых инвалидов.

САИ состоит из 24 вопросов, в содержании исследуются следующие аспекты бытия взрослого инвалида: профессиональная активность, учебная активность, семейно-брачные отношения, родительская активность, активность самообслуживания, выход на улицу, хобби-активность, спортивная активность и физическая культура, внешняя коммуникативная активность, внутренняя коммуникативная активность, активность в реабилитационном процессе, общественная активность в сообществе инвалидов.

В результате опроса можно получить только одну шкалу – общую шкалу социальной активности взрослых инвалидов. Ее подсчет осуществляется по средствам простого суммирования баллов, полученных по всем пунктам САИ. Показатель социальной активности лежит в промежутке между 24 и 120 баллами. Кроме того, для удобства последующего качественного анализа данных, полученных по результатам САИ, предлагается использовать ориентировочные подшкалы: ПУА – профессиональная и учебная активность; АСС – активность в семейной сфере; СБА – социально-бытовая активность; ЧА – хобби-активность; КА – коммуникативная активность; СПА – специальная активность инвалида.

В качестве предложения типология социальной активности взрослых инвалидов по показателю социальной активности предлагается следующая: инвалиды с высоким показателем социальной активности; инвалиды со средним показателем социальной активности; инвали-

ды с низким показателем социальной активности (в том числе относительно социально пассивные).

Первый и второй типы активно взаимодействуют с социальной сферой своего бытия, активность детерминирована внутренними и внешними факторами, однако у первого типа факторы иницирующие активность, преимущественно, внутренние, а у второго преимущественно – внешние; третий тип – избегает взаимодействия с социальной сферой своего бытия, нивелирует действие внешних, детерминирующих активность факторов и блокирует или не иницирует действие внутренних, детерминирующих активность факторов.

Подводя итоги, следует отметить три ключевых момента:

1. Под социальной активностью взрослого инвалида, в общем смысле, понимается качественно-количественная мера взаимодействий взрослого инвалида в социальной сфере его бытия, где социальная сфера бытия включает следующие виды активности: профессиональную и учебную активность, активность в семейной сфере, социально-бытовую активность, хобби-активность, коммуникативную активность, специальную активность инвалида.

2. Показатель социальной активности взрослого инвалида можно определить по средствам авторского опросника экспертной оценки социальной активности инвалидов – САИ.

3. На основании опроса по САИ возможна типология социальной активности взрослых инвалидов по показателю социальной активности, где выделяются три типологические группы: инвалиды с высоким показателем социальной активности; инвалиды со средним показателем социальной активности; инвалиды с низким показателем социальной активности (в том числе, относительно социально пассивные).

И.В. Межибовская

Казахский национальный университет им. Аль Фараби

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ ОСОБЕННОСТИ ГОСУДАРСТВЕННОГО МАТЕРИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ НЕТРУДОСПОСОБНЫХ ГРАЖДАН (НА ПРИМЕРЕ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН)

Проведенные в Республике Казахстан социальные реформы, прежде всего пенсионная реформа, значительным образом расширили дискуссионное поле по вопросу разграничения понятий «материальное

обеспечение» и «материальное обслуживание». Более того, данный вопрос приобрел еще более острый характер. Объясняется это тем, что современная система пенсионирования Казахстана, ориентированная на накопительную модель, предполагает реализацию принципа самофинансирования, создания собственных накоплений, при которой граждане обеспечивают сами себя, а органы труда и социальной защиты населения, т.е. органы социального обеспечения, структуры, задействованные в пенсионном процессе, играют, в ряде случаев, лишь техническую, вспомогательную роль. Следовательно, возникает вопрос о том, можно ли говорить об обеспечении, если в свете новейшего законодательства речь часто идет лишь о самообеспечении граждан и техническом обслуживании уполномоченных на то органов и следует ли в связи с этим заменить терминологическую категорию «обеспечение» на «обслуживание». С нашей точки зрения, несмотря на кажущуюся приоритет термина «обслуживание», речь все же должна вестись об «обеспечении». На сегодняшний день коренным образом меняются принципы, источники и условия материального обеспечения. Если до пенсионной реформы источниками такого обеспечения нетрудоспособных граждан явились государственный бюджет (местный, республиканский) и внебюджетные фонды, то с первого января 1998 г. (момент старта пенсионной реформы в Казахстане) начался процесс поэтапного, постепенного переноса бремени основного вида материального обеспечения нетрудоспособных граждан – пенсий, на самих граждан. При этом государство сохраняет приоритет при предоставлении некоторых других видов материальных выплат, например пособий. Но независимо от источника финансирования или самофинансирования речь в любом случае должна вестись о материальном (денежном) обеспечении в случае наступления нетрудоспособности. Обслуживание и сфера услуг тесно связаны с материальным обеспечением, более того, правоотношения по материальному обеспечению и материальному обслуживанию взаимозависимы и часто определяют друг друга. Но тем не менее они самостоятельны, определены самостоятельным предметом и объектом, принципами, основными субъектами правоотношений и т.д. Конституционная норма, гарантируя объем и основные виды материальных выплат, предполагает обеспечение, а не денежное обслуживание. То есть государство гарантирует минимальные стандарты денежного обеспечения нетрудоспособных граждан исходя из минимальных жизненных потребностей человека. Таким образом, мы считаем, что материальное обеспечение нетрудоспособных граждан предполагает исключительно обеспечение их,

независимо от источника финансирования (самофинансирования), определенными видами денежных выплат. При этом материальные обеспечительные правоотношения, на правах самостоятельных, вместе с правоотношениями по материальному и социальному обслуживанию составляют предмет права социального обеспечения.

Научный анализ по данному вопросу предполагает изучение значительного научного потенциала как в области права, так и в области экономики, социологии, демографии, социальной географии. Без комплексного изучения научного потенциала различных областей знаний выводы и заключения будут носить незавершенный характер.

Особая роль при изучении данного вопроса отводится роли государства. С нашей точки зрения роль государства в области материального обеспечения может быть представлена широким спектром функциональных направлений, классифицируемых по самым различным основаниям, включая механизмы управления, финансирования и др. Однако выделим с нашей точки зрения основные:

1. По содержанию:

- Социальная – высшими государственными ценностями провозглашаются человек, его жизнь, права, свободы, в том числе право на материальное обеспечение.

- Гарантирующая – провозглашение и реальное обеспечение исполнения государственных гарантий в области материального обеспечения.

- Регулятивная – четкое, грамотное, экономически обоснованное правовое обеспечение всех направлений материально – обеспечительной политики государства, включая бюджетную, налоговую систему, регулирование соотношения частного и государственного секторов, видов, форм, порядка и условий предоставления, назначения, выплаты материального обеспечения, определение перечня субъектов, наделенных материально – обеспечительной правосубъектностью, определение санкций за неисполнение законодательства и иных норм права (включая международные нормы права, международные обязательства). Комплексное правовое обеспечение.

- Координационная – государственное распределение функциональных обязанностей.

- Контрольная, надзорная - система государственной организации контроля и надзора за соблюдением государственной политики в области материального обеспечения.

- Стабилизационная - соблюдение баланса интересов государственной власти и населения (в рамках проводимого нами исследования – интересов нетрудоспособных граждан), способствующего стабильности политического положения, экономического роста, повышению имиджа государства на международном уровне, государственного авторитета и экономически обоснованного, реального, доступного, достойного, социально оправданного, справедливого, систематичного материального обеспечения определенных групп населения.

- Стимулирующая – государственная система мер, стимулирующих личную заинтересованность лиц, обладающих материально – обеспечительной правосубъектностью к участию в иных, не государственных формах материального обеспечения, самообеспечения с целью борьбы с иждивенчеством, стимулирования индивидуальной инициативы.

- Организационно – управленческая – государственный комплекс, система органов, институтов различных уровней, наделенных соответствующими властными полномочиями в сфере реализации систематической, комплексной государственной политики в области материального обеспечения.

- Системности – государственный механизм, обеспечивающий полноценное, своевременное и качественное предоставление материального обеспечения.

- Экономичности – внедрение наиболее эффективных, рациональных систем материального обеспечения, оправданных с точки зрения экономических возможностей государства.

2. По срокам реализации:

- Долговременные – данные функции, как правило, направлены на определение стратегических или постоянных задач государства в области материального обеспечения, выполняются государством на всех этапах его развития.

- Краткосрочные – выполняются в строго определенные сроки либо через определенные промежутки времени, могут зависеть от определенной ситуации, направлены на реализацию конкретных задач в области материального обеспечения.

- Единовременные – как правило, направлены на разрешение конкретной проблемы, возникшей в системе материального обеспечения, ликвидацию негативных, не прогнозируемых ситуаций, предотвращение отрицательных последствий.

Ю.Ю. Митрошкина

Саратовская государственная академия права

ОСНОВОПОЛАГАЮЩИЕ ПРИНЦИПЫ СОЦИАЛЬНОЙ ЗАЩИТЫ НАСЕЛЕНИЯ В КОНТЕКСТЕ РЕГИОНАЛЬНОЙ СОЦИАЛЬНОЙ ПОЛИТИКИ СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

«Развитие человека – это и основная цель, и необходимое условие прогресса современного общества, – отмечалось в выступлении Президента Российской Федерации В.В.Путина 8 февраля 2008 г. на расширенном заседании Государственного совета «О стратегии развития России до 2020 года». Это и сегодня, и в долгосрочной перспективе – наш абсолютный национальный приоритет». Однако в настоящий момент, как отмечает научный директор Института права и публичной политики В.Пастухов, в России разрыв между радикальной экономической политикой и консервативной социальной политикой стал сам по себе основным вопросом политической повестки дня. Политические и экономические институты ушли в своем развитии далеко вперед, на этом фоне возник феномен «догоняющей» социальной политики. Ее особенность заключается в том, что социальная политика с некоторым опозданием пытается встроиться в изменившийся экономический и политический пейзаж.

Одним из направлений современной социальной политики российского государства, занимающим, по мнению И.С. Карпиковой, без преувеличения особое место в теории и практике социального государства, является социальная защита населения, поскольку данное направление социальной политики обеспечивает условия жизнедеятельности экономически несамостоятельным категориям населения, которые не смогут прожить без поддержки государства. Раскрывая содержание принципа адресности и обосновывая первостепенную необходимость укрепления в организации социальной помощи населению, обратимся к теоретическому обоснованию данного вопроса. Все множество принципов социальной защиты, многократно рассмотренных в отечественных публикациях, в зависимости от уровня воздействия на объект социальной защиты, могут быть разделены на две группы. К первой относятся принципы общего воздействия, которые распространяются на деятель-

ность социальной защиты в целом, безотносительно к конкретным ее объектам и субъектам. Ко второй группе относятся принципы, действие которых проявляется при реализации конкретных способов и видов социальной помощи по отношению к клиенту системы социальной защиты. К принципам социальной защиты общего воздействия относятся: 1) всеобщность социальной защиты населения; 2) социальной справедливости; 3) экономической эффективности; 4) социальной солидарности; 5) многосубъектности; 6) многообразия форм; 7) соответствия объема государственных гарантий экономическим возможностям государства. В группу принципов реализации конкретных действий в области социальной защиты входят следующие: 1) субсидиарности; 2) заявительного характера предоставления помощи; 3) соответствия объема предоставляемой помощи материальному положению ее получателей. Анализ содержания указанных принципов свидетельствует о том, что приоритетное значение в ближайшей перспективе будет иметь развитие принципов второй группы. Общие принципы социальной защиты, относящиеся к первой группе, несомненно, требуют своего дальнейшего развития (в особенности, принципы социальной справедливости, экономической эффективности, многообразия форм предоставления социальной помощи), однако природа принципов первой группы такова, что отсутствие их действия приравнивается к отсутствию системы социальной защиты как таковой, или же существованию ее в весьма урезанном виде. В нашей стране становление института социальной защиты в целом состоялось, а его дальнейшее развитие – неотъемлемая черта любой системы и вопрос времени. Что же касается реализации конкретных принципов социальной защиты, обуславливающих процесс оказания необходимой социальной помощи конкретным лицам, то при ближайшем рассмотрении можно сделать вывод о том, что все эти принципы (субсидиарности, заявительности, соответствия материальному положению получателей помощи) в совокупности составляют основу адресной системы социальной защиты.

Необходимо отметить, что ранее рассмотренные теоретические позиции о категориях принципов социальной защиты населения далеко не всегда находят воплощение в законодательных актах субъектов Российской Федерации. В Саратовской области нормативное закрепление руководящих принципов в сфере социального обеспечения осуществляется, в частности, в областном законе от 10 января 2000 г. №7-ЗСО «О социальной защите населения в Саратовской области», в ст. 4 вышеуказанного закона указывается, что основными принципами социальной защиты населения являются: адресность мероприятий, предусматривающих оказание социальной помощи отдельным категориям граждан,

нуждающихся в ней, в соответствии с федеральным и областным законодательством; дифференцированный подход при определении размеров и видов социальной помощи; приоритетность предоставления социальных услуг несовершеннолетним, находящимся в трудной жизненной ситуации; комплексный характер социальной помощи, предполагающий возможность предоставления одновременно нескольких видов помощи (денежной, натуральной помощи, помощи в виде услуг, правовой, психологической помощи); социальное реагирование, предполагающее пересмотр социальных нормативов с ростом стоимости жизни, повышением минимального размера оплаты труда и прожиточного минимума; содействие самопомощи, самообеспечению человека; доступность форм и видов социальной защиты; преемственность всех форм и видов социальной защиты; добровольность, гуманность и конфиденциальность. Данный широкий перечень разработанных законодателем принципов является несомненным достоинством принятого нормативного акта, однако, на наш взгляд, представляется необходимым включение в данный перечень такого принципа, как сочетание заявительного подхода при оказании государственной социальной помощи с ее предоставлением по инициативе государственного учреждения социальной поддержки и социального обслуживания населения по месту жительства или по месту пребывания малоимущего гражданина или малоимущей семьи (такой принцип оказания государственной помощи, в частности, закреплен ст.3 Закона Магаданской области «О государственной социальной помощи в Магаданской области»), также принципов: гарантированности адресной социальной помощи; ответственности органов государственной власти, органов местного самоуправления за обеспечение прав населения в сфере оказания адресной социальной помощи; доступности информации об условиях, критериях, нормах и видах оказания адресной социальной помощи; направленности на высвобождение и развитие собственного потенциала граждан; персональной ответственности получателя адресной социальной помощи за достоверность сведений, содержащихся в его заявлении на предоставление помощи; полисубъектности, взаимодействия государственных субъектов адресной социальной помощи с негосударственными организациями, благотворительными обществами (данные принципы предусматриваются в Концепции развития системы адресной социальной помощи населению Санкт-Петербурга).

По мере появления у субъектов федерации (в том числе и Саратовской области) и муниципальных образований все больших экономических возможностей, позволяющих им реализовать дополнительные программы социальной поддержки населения, указанный вид источни-

ков права социального обеспечения будет интенсивно развиваться. При дальнейшем совершенствовании законодательной техники принимаемых нормативных актов в социально-обеспечительной сфере на уровне субъекта федерации необходимо учитывать необходимость и важность закрепления в тексте вышеуказанных актов принципов регулируемых институтов социального обеспечения населения.

П.Е. Морозов

Московская государственная юридическая академия

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДОВЫХ ОТ- НОШЕНИЙ В США В АСПЕКТЕ ПРОГРАММЫ ДО- СТОЙНОГО ТРУДА МОТ

Общеизвестно, что США выступает признанным лидером в процессе реализации конвенций и рекомендаций МОТ. В свою очередь, обращает на себя внимание, что трудовое право США как страны с самой развитой и могущественной экономической системой в мире уже давно столкнулось с проблемами глобализации, поскольку, несомненно, эта страна является самым активным субъектом процессов экономической интеграции, и ее трудовое право наиболее адаптировано к новым условиям.

Ввиду этого обстоятельства американское правительство ставит перед собой в качестве одной из основных целей на рынке труда дальнейшее совершенствование трудового законодательства в рамках Программы достойного труда МОТ от 1998 г., а именно: 1) обеспечение таких условий, когда работник по своему запросу может получить всю информацию, относящуюся к его работе; кроме того, ему должно быть предоставлено право на профессиональное обучение; 2) создание эффективной системы защиты трудовых прав; 4) формирование действенных систем социального обеспечения; 5) обеспечение права на социальный диалог и коллективные переговоры.

Так, 6 сентября 1999 г. Департамент труда США опубликовал доклад «Основные тенденции развития трудовых ресурсов в 21 веке» (www.dol.gov/.../herman/reports/futurework/report/chapter1/main.htm), в котором на основе анализа уровня развития американской экономики и состояния трудовых ресурсов были определены направления деятельно-

сти государственных органов США по совершенствованию, в том числе и американского трудового права в связи реализацией теории достойного труда.

Следует отметить, что в этом докладе выделялись несколько тенденций в различных сегментах рынка труда, таких как состояние трудовых ресурсов; заработная плата; труд и благосостояние семьи работника; занятость; условия труда; влияние инновационной деятельности; роль профсоюзов; охрана труда.

Применительно к состоянию трудовых ресурсов основной тенденцией является все более активное вовлечение в трудовую деятельность инвалидов; национальных меньшинств и женщин. Данный процесс естественно предусматривал совершенствование трудового законодательства путем предоставления этим категориям населения новых возможностей в сфере труда и устранения дискриминации. Кроме того, особо выделялась задача оптимизации процесса профессионального обучения – американцы должны были осознать, что образование и наличие профессиональных навыков будут в дальнейшем обеспечивать их успех в процессе осуществления трудовой деятельности, способствовать росту заработной платы и получению впоследствии достойной пенсии.

Особо выделялись тенденции, связанные с ростом роли профсоюзов, в частности, в тех отраслях, которые традиционно не были охвачены профсоюзной деятельностью, а также и влиянием Интернет-технологий на проблемы сохранения персональной информации.

Большое внимание в докладе уделялось будущему правовому регулированию заработной платы. В частности, указывалось, что рост заработной платы американских работников будет обусловлен ростом продуктивности американской экономики. В данной сфере должны быть решены следующие проблемы:

- смягчение неравенства в сфере заработной платы между работниками, получающими среднюю и низкую заработную плату путем установления достойной минимальной заработной платы;
- увеличение заработной платы женщин посредством обеспечения продвижения женщин на высокооплачиваемые должности;
- дальнейшее устранение дискриминации в заработной плате по признаку пола, расы и национальной принадлежности.

Следует указать и новые решения проблемы охраны труда. В частности, инновационные технологии неизбежно приводят к росту несчастных случаев, поэтому необходимо осуществлять мероприятия по сокращению несчастных случаев и профессиональных заболеваний.

Кроме того, необходимо сделать акцент на создание рабочих мест на основе равенства в сфере труда.

Особым направлением в развитии трудового права США явились изменения, связанные с влиянием на рынок труда технологических инноваций. Ввиду этого обстоятельства предусматривалось, что работники должны соответствовать требованиям технологических изменений посредством развития собственных профессиональных навыков.

Кроме того, декларировался отказ от политики протекционизма в отношении ликвидации национальных организаций вследствие их банкротства как негативного результата торговой глобализации и увеличения количества безработных. Для решения данной проблемы в докладе указывается, что необходимо минимизировать негативные последствия ликвидации для уволенных посредством использования таких правовых инструментов, как Программа помощи в условиях торгового регулирования и Северо-Американская программа поддержки в процессе реализации Соглашения о свободной торговле.

Вместе с тем поддержка на национальном уровне этой категории безработных должна была также осуществляться и на основании Закона «О партнерстве в сфере профессионального обучения».

Следует сказать, что в развитии данных инициатив был создан целый ряд органов, в частности Офис рабочей силы 21 века при Департаменте труда США в соответствии с Приказом Президента США от 20 июня 2001 г. (www.nationalbusiness.org/NBAWEB/General/usdol.htm).

Основной целью создания данного органа был анализ проблем, возникающих в сфере труда в США, и выработка мероприятий для их устранения. Для достижения этой цели Офис должен собирать и обрабатывать всю информацию, которая относится к трудовым ресурсам США, и проводить совещания, конференции и форумы с участием представителей работников, работодателей, правительства и научных работников.

Кроме того, Офис должен выработать программу деятельности Департамента труда и отменять дублирующие друг друга нормы трудовых законов, а также устранять правовые барьеры на пути реализации работниками своих трудовых прав.

Офис рабочей силы 21 века возглавляется советом из 13 чел., назначаемых Президентом США из числа представителей бизнеса, трудовых организаций, федерального правительства и правительств штатов, а также науки.

Функции данного органа состоят в следующем:

– оказание совещательной помощи Президенту США по вопросам труда;

– изучение и оценка результатов воздействия технологических изменений и глобализации на рынок труда;

– анализ существующих и потенциальных подходов в вопросах оказания помощи работникам и работодателям в сфере реализации права на профессиональное обучение, переобучение и ознакомление с новыми технологиями для обеспечения профессионального роста работников;

– определение обстоятельств, препятствующих работникам осуществлять трудовые права, а также выработка мероприятий по их устранению;

– оказание помощи Департаменту труда в вопросах разработки программ по использованию трудовых ресурсов.

Создание подобного органа и смещение приоритетов в государственной политике в сторону обеспечения достойного труда для всех работников, осуществляющих свою трудовую деятельность на территории США, привело к необходимости нормативного закрепления методов эргономики как ответ на необходимость улучшения положения работников в области охраны труда в новых условиях.

Так, в своем заявлении (Statement by President. Office of the Press Secretary, 21.03.01) от 20 марта 2001 г. Президент США Буш отметил, что он подписал закон, который будет регулировать отношения в аспекте целей и методов эргономики. Реализация данного нормативного акта была возложена на Администрацию охраны труда при Департаменте труда США.

Администрация охраны труда (АОТ), в свою очередь, разработала программу, в основе которой был положен так называемый четырехцелевой всеобъемлющий подход к проблемам эргономики в сфере труда, который направлен на предотвращение расстройств опорно-двигательной системы работников для предотвращения несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний.

Основными направлениями новой государственной политики в этой области стали:

- 1) разработка системы мероприятий;
- 2) совершенствование правового механизма их реализации;
- 3) оказание помощи;
- 4) создание Национального совещательного комитета.

Так, в 2003 г. АОТ (www.osha.gov – все нормативные акты АОТ содержатся на данном Интернетсайте) разработал основные направления в области эргономики для судостроительных заводов.

Основным назначением данных разработок являются рекомендации для судостроительных заводов, направленные на сокращение числа

расстройств опорно-двигательной системы в отрасли, устранение вредных условий труда и увеличение производительности труда.

Следует отметить, что данные основные направления являются рекомендательными по своему характеру и их нарушение или неисполнение не является нарушением норм трудового права.

В свою очередь, в 2004 г. АОТ опубликовала документ, в котором закреплялись мероприятия по предотвращению расстройств опорно-двигательной системы на птицеводческих фермах.

Этот акт предусматривает рекомендации, направленные на предотвращение расстройств опорно-двигательной системы работников птицеводческих хозяйств с целью сокращения числа несчастных случаев на производстве.

Впоследствии были разработаны и рекомендации для работников бакалейных магазинов с целью сокращения несчастных случаев и профессиональных заболеваний в этой сфере.

Другим важным направлением в развитии трудового права США стало изменение правового регулирования труда служащих, особенно в вопросах оплаты сверхурочной работы от 23 апреля 2004 г. (29 CFR, Part 541, P. 221222).

Новые нормативные акты об оплате сверхурочной работы были распространены на 6–7 млн американских работников. Прежнее правовое регулирование (нормативные акты от 1949 г.) не менялось значительное количество лет, и устаревшие нормы способствовали тому, что работники вынуждены были обращаться в суд для защиты своих прав. Новеллы же решили данную проблему. В трудовом законодательстве США существует правило, в соответствии с которым оплата сверхурочной работы зависит от суммы годового дохода. В то время как по старому законодательству работники, чей годовой доход не превышал 8 тыс. 60 долл., имели право на оплату сверхурочных, то после изменений от 23 апреля 2004 г. размер годового дохода вырос до 23 тыс. 660 долл.. Эти изменения коснулись значительного количества низкооплачиваемых работников США и значительно улучшили их благосостояние.

Другим важным изменением трудового законодательства США стало принятие Закона « Об охране труда угольной промышленности» от 2006 г., который установил новые требования в добывающей промышленности для собственников угольных шахт с целью предотвращения несчастных случаев на производстве. Закон обязал угольные компании разрабатывать и внедрять планы охраны труда с учетом специфики того или иного угольного разреза, а также обеспечивать эффективное функционирование двух спасательных команд, расположенных на расстоянии одного часа от шахты.

Кроме того, на работодателя возлагались и следующие полномочия:

- обеспечение использования нового оборудования;
- каждый план охраны труда конкретной угольной компании должен проходить проверку в Администрации охраны труда угольной промышленности каждые 6 месяцев;
- обеспечение специальными средствами связи работников, находящихся в забое.

На работодателя, не выполняющего требования данного акта, возлагается штраф в размере 2500000 долл.

Следует отметить, что значительные изменения произошли после 2000 г. в законодательстве об устранении дискриминации по признаку возраста. Примечательно, что появившиеся новеллы связаны с деятельностью Верховного Суда США, решения которого по конкретным трудовым спорам являются источниками трудового права.

Основным предметом трудовых споров стали требования работников по поводу восстановления их нарушенных трудовых прав в связи с неисполнением работодателем требований Закона «О дискриминации по признаку возраста в сфере труда» от 1967 г.

Так, 30 марта 2005 г. Верховный суд США вынес решение по делу Смит против Джексон Сити (Smith v. City of Jackson (US Mar. 30, 2005)), в котором указал, что работники в возрасте 40 лет и старше могут доказать факт дискриминации по признаку возраста, используя теорию возрастного неравенства. В соответствии с этой концепцией истец может подать иск в суд на своего работодателя или будущего работодателя за дискриминацию по признаку возраста, указав, что причиной незаконного решения работодателя является факт достижения работником возраста лет. Причем истцу теперь нет необходимости доказывать, что работодатель сознательно имел намерение его дискриминировать по признаку возраста.

Суть дела состояла в следующем. Истцами выступили офицеры полиции, а ответчиком стала администрация г. Джексон Сити. Администрация города разработала особый финансовый план с целью привлечения и удержания на работе в полиции квалифицированных кадров, в соответствии с которым работники, имеющие стаж работы менее 5 лет, получали большие денежные надбавки, чем те, кто имел стаж больше пяти лет. Все это привело к тому, что группа офицеров полиции в возрасте 40 лет и старше подала на администрацию суд иск о нарушении Закона «О дискриминации по признаку возраста в сфере труда».

В процессе судебного разбирательства было установлено, что действительно офицеры, имеющие стаж работы менее 5 лет, получали

большие надбавки, чем сотрудники, чей стаж работы был больше 5 лет. Суд первой инстанции отказал в иске, мотивировав свое решение тем, что администрация имела полное право увеличить надбавки молодым офицерам с целью их поддержки.

Впоследствии дело было передано на рассмотрение в Верховный Суд США, где решался не только частный вопрос о надбавках к заработной плате офицерам полиции Джексон Сити, но и проблема о том, имеют или не имеют право работники подавать иски о нарушении своих прав, используя теорию возрастной коллизии.

Мнения в Верховном Суде разделились, но в результате было принято решение, что данная теория применима в трудовых спорах о дискриминации по признаку возраста.

Решение Верховного Суда США имеет, несомненно, большое практическое значение поскольку позволяет решить ряд проблем в сфере труда для лиц старше 40 лет, которых в стране насчитывается более 72 мил.

Основным направлением американской государственной политики в сфере труда в новых условиях, несомненно, является решение проблемы, связанной с трудовой деятельностью людей с ограниченными способностями. Причем здесь следует говорить о наличии трех аспектов в правовом регулировании устранения дискриминации: трудоустройство на работу; осуществление трудовой деятельности; прекращение трудового договора.

Примечательно, что в соответствии с данными Американской ассоциацией адвокатов (E. Meyer. Disability discrimination, Workforce, 2004) в США 95% исков по трудовым спорам связано с неисполнением работодателями норм Закона «О работниках с ограниченными способностями» от 1990 г. Из них суд удовлетворит более 80% исковых заявлений.

Анализ судебных решений по трудовым спорам позволил сделать вывод о том, что в американском законодательстве существуют три основные тенденции, связанные с защитой трудовых прав работников с ограниченными способностями.

В настоящее время общепризнанным принципом трудового законодательства США является принцип, в соответствии с которым является дискриминацией отказ при приеме на работу лица уволенного за наркоманию и алкоголизм.

Проблема состоит в том, имеет ли право работодатель отказать в приеме на работу выздоровевшему наркоману или алкоголику. Примером решения проблемы является Постановление Верховного Суда США

по делу Рэйтон против Хернандеса (Rayton v. Hernandez (US Sup Ct. Dec. 2, 2003).

Джо Хернандес работал на компанию Рэйтона в течение 25 лет. Однако за употребление наркотиков на рабочем месте он был уволен.

Пройдя курс реабилитации, через два года Хернандес вновь пришел трудоустроиваться на работу к Рейтону. Вместе с тем в отделе кадров ему было отказано в приеме на работу на основании того, что он был уволен с нее за употребление кокаина.

Хернандес подал иск в суд о нарушении своих трудовых прав в связи с ограничением трудоспособности, указав, что он, пройдя курс реабилитации, является здоровым человеком. Однако районный суд и 9-й апелляционный окружной суд отказали в удовлетворении искового заявления данному работнику.

Однако Хернандес подал иск в Верховный Суд США, который принял весьма неоднозначное и часто критикуемое впоследствии решение.

Так, ВС постановил, что работодатель имеет право на законных основаниях отказать в приеме на работу лицу, которое было уволено с нее за нарушение трудовой дисциплины, но только в том случае, если это нарушение не было следствием болезни или неспособности в связи с ограничением физических возможностей осуществлять свою трудовую деятельность.

Второй не менее важной тенденцией в развитии американского дискриминационного законодательства является решение проблемы ограничения трудоспособности вследствие «стресса на работе» и «эмоциональной нестабильности». Показательным в этой связи является Постановление Верховного Юридического Суда штата Массачусетс по делу Нью Бедфорд Сити против Комиссии штата Массачусетс по вопросам устранения дискриминации. Суть дела состояла в следующем.

Офицер полиции г. Нью Бедфорд был смещен с двух занимаемых должностей в Департаменте полиции и в специальном подразделении особого назначения за то, что, по мнению руководства полиции, стал умственно нестабильным вследствие пережитого стресса.

Ввиду этого обстоятельства офицер был переведен на должность постового полицейского.

Однако он не согласился с решением руководства полиции и подал иск в суд и Комиссию штата Массачусетс по вопросам устранения дискриминации по признаку ограничения трудоспособности. Однако суд первой инстанции отклонил иск. Полицейский вновь подал иск, но уже в Верховный Юридический Суд штата Массачусетс, который принял следующее решение.

Перевод на другую работу данного офицера по причинам «эмоциональной» нестабильности был признан незаконным, поскольку не был соблюден ряд требований – полицейский не был признан ограниченно трудоспособным для исполнения трудовой функции определенной профессии, а только после работы в Департаменте полиции и спецподразделении, он был переведен на работу постовым полицейским; кроме того, работодатель не обосновал, почему данный работник является ограниченно трудоспособным по сравнению со среднестатистическими гражданами штата. Таким образом, суд заявил, что сам факт перевода данного сотрудника на другую должность в рамках его профессии является доказательством его нормальности. Третьим направлением в законодательстве об устранении дискриминации по признаку способности осуществлять свою трудовую деятельность является выработка нормативных мер по решению проблемы сложного юридического состава возникновения трудовых отношений с участием инвалида.

Так, в случае Райт против КомпЮСЭЙ работник поставил в известность своего работодателя о том, что он страдает синдромом расстройства внимания. Через год работник предоставил справку от врача о том, что вследствие авторитарного стиля руководства его непосредственного начальника у него усилились признаки синдрома расстройства внимания, и поэтому он просит предоставить ему отдельное помещение и разработать особый график работы. Однако впоследствии данный работник был уволен, но подал иск в суд о нарушении своих трудовых прав по признаку инвалидности.

В другом случае Вайткок против МакГрей Инк. (1 ST Cir. Oct. 6, 2003) работник поставил также в известность своего работодателя о признаках синдрома расстройства внимания и попросил предоставить ему специально оборудованное помещение, а также различные трудовые льготы, например запрет на привлечение к сверхурочным работам. В обоих случаях суд отказал в удовлетворении исков, сославшись на то, что в первом деле не было доказано, что именно условия работы являются причиной заболевания, а во втором суд пришел к выводу, что работник мог самостоятельно осуществлять свою трудовую деятельность.

Существенные изменения произошли в области правового регулирования заключения, изменения и расторжения трудового договора. Так, для многих работников расторжение трудового договора приводит к желанию свести счеты со своими бывшими работодателями с использованием электронных средств массовой коммуникации посредством размещения в них информации о них.

Перед американскими законодателями и судьями стал вопрос – имеют ли право бывшие работники распространять информацию в СМИ

или нет, а также могут ли работодатели подать иск. Данная проблема приобрела наибольшую актуальность в деле Варьян Медикал Системс против Делфино, рассмотренном 13 ноября 2003 г. 6 Окружным судом штата Калифорния (Cal. App. LEXIS 1692, 2003).

Суть дела состояла в следующем. М. Делфино, работающий в компании Варьяна исследователем, был уволен за жестокое обращение с работниками коровников и директором Исследовательского департамента компании. Впоследствии в знак солидарности с Делфино уволилась и его подруга М. Дэй.

Делфино и Дэй стали рассылать послания в Интернете, которые унижали честь и достоинство Варьяна. Часть посланий носила общий характер, однако другая часть была направлена против конкретных людей – вице-президента. Суд вынес решение о возмещении ущерба в размере 775000 долл.

Таким образом, анализ трудового законодательства США в аспекте концепции МОТ о достойном труде позволил сделать вывод о том, что основные положения международного трудового права в современных условиях глобализации (т.е. после 1999 г.) в общем и целом были отражены в трудовых законах, подзаконных актах и судебных прецедентах.

А.В. Нестерова

Пермский государственный университет

ЭТАПЫ ФОРМИРОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОБЪЕДИНЕНИЯХ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Ученые справедливо полагают, что успешное развитие какой-либо части законодательства невозможно без знания его исторической ретроспективы. Истоки возникновения какого-либо явления во многом определяют границы его существования и пути преобразования.

Процесс формирования законодательства об общественных объединениях в РФ можно поделить на несколько этапов.

1. *Формирование общих положений об общественных объединениях (конец XIX в. – 1917 г.)*

В конце XIX в. в условиях развития промышленности, рынка происходит активное формирование различных объединений граждан,

но единого законодательного акта, регулирующего этот процесс, не существовало. Разрешение на создание различных обществ и союзов выдавалось Министерством внутренних дел и Министерством финансов России. Общества, созданные без соответствующего разрешения, признавались преступными. В циркуляре Министерства Внутренних Дел России от 26 апреля 1905 №18 право регистрации обществ предоставлялось губернаторам и градоначальникам.

Обострение социальной напряженности, усиление рабочего движения повлекли создание Манифеста о свободе союзов от 17 октября 1905 г. В нем впервые было закреплено определение общественного объединения и порядок его формирования. В пункте 1 манифеста закреплялось: «Обществом, по смыслу настоящего узаконения почитается соединение нескольких лиц, которые не имея задачи получения для себя прибыли, от ведения какого-либо предприятия, избрали предметом своей совокупной деятельности определенную цель, а союзом – соединение двух или нескольких таких обществ, хотя бы посредством их уполномоченных. Общества могут быть образованы без испрошения на то разрешения правительственной власти».

2. Развитие правовой теории общественных объединений (1918–1990)

Октябрьская революция 1917 г., внесла существенные изменения в характер общественно-политических процессов и их правового регулирования. 6 февраля 1928 г. Постановлением ВЦИК и СНК РСФСР было принято «Положение об обществах и союзах, не преследующих извлечение прибыли». В советский период институт общественных объединений глубоко исследовался. Во многом это связано с влиянием общественных объединений на личность и реализацию с их помощью государственной политики. В науке СССР существовало мнение, что общественные организации в будущем смогут заменить государственные органы путем укрепления связей государственного аппарата с народными массами и дальнейшего перехода к самоуправлению. Хотя эта точка зрения и показала свою несостоятельность, она способствовала появлению исследований в отношении института общественного объединения. В Конституции СССР 1936 г., ст. 126 было закреплено, что в соответствии с интересами трудящихся и в целях развития организационной самостоятельности и политической активности народных масс гражданам СССР обеспечивается право объединения в общественные организации: профессиональные союзы, кооперативные объединения, организации молодежи, спортивные и оборонные организации, культурные, технические и научные общества, а наиболее активные и сознательные граждане из рядов рабочего класса, трудящихся крестьян

и трудовой интеллигенции добровольно объединяются в Коммунистическую партию Советского Союза для построения коммунистического общества, представляющую руководящее ядро всех организаций трудящихся как общественных, так и государственных. Конституция 1936 г. закрепила принцип руководящей роли Коммунистической партии в области общественной жизни, который действовал до начала 90-х гг. Конституционная реформа 70-х гг. создала предпосылки для дальнейшего демократического развития института общественных объединений.

3. Формирование демократической теории общественных объединений (1990 – настоящее время)

9 октября 1990 г. был принят Закон СССР «Об общественных объединениях». По своей сути это был первый подлинно демократический акт об общественных объединениях начиная с 1917 г. В законе устанавливалось право граждан на объединение, основанное на международных документах. К общественным объединениям были отнесены политические партии, массовые движения, профессиональные союзы, женские, молодежные и детские организации, организации инвалидов, научные, технические, творческие, культурно-просветительские, физкультурно-спортивные, ассоциации, фонды и другие объединения граждан. Законодательно устанавливался новый статус общественных объединений, как полноправных участников гражданских правоотношений. Принятие демократической Конституции РФ 1993 г., развитие институтов рыночной экономики вызвали значительную активизацию общественных процессов. Предоставленная Конституцией РФ возможность реализации права на объединение обусловила создание большого числа общественных объединений различных видов и форм.

Н.В. Перова

К ВОПРОСУ О НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ДОГОВОРА В СФЕРЕ ТРУДА

В правовой науке довольно давно обсуждался вопрос о том, что придает договору те самые важнейшие качества юридического факта, почему он становится обязательным для сторон. Естественным будет спроецировать данный вопрос и на сферу действия трудового права, говоря о договорах в сфере труда, прежде всего о трудовом договоре.

© Перова Н.В., 2010

Какова его юридическая сила, чем она обеспечивается? О каких компонентах и условиях действительности договора в трудовом контексте возможно говорить? Каковы последствия его недействительности? Ответить на данные вопросы, на мой взгляд, вполне возможно, основываясь на общетеоретических и отраслевых представлениях о юридической силе договора. С современной точки зрения в роли факторов, придающих договору юридическую силу, выступают воля сторон и объективное право в совокупности. Об этих компонентах можно говорить и применительно к трудовому договору. Во-первых, в общетеоретическом смысле договор традиционно рассматривался через призму теории юридических фактов и характеризовался через признаки правомерности, волевого характера и целенаправленности. Отсюда выводилось также еще одно необходимое условие – правоспособность сторон. В цивилистике, располагающей наиболее разработанным учением о договорах и сделках, к сделке (договору), как к юридическому акту в частной сфере, предъявлялись те же требования, а в качестве специальных условий выделялись надлежащая форма и содержание. Во-вторых, современные представления о роли трудового договора позволяют выделить эти же признаки - волевой характер, правомерность, законная цель и основание. Несмотря на критическое отношение к такому подходу, следует признать, что он обладает прикладным характером и позволяет ставить ряд актуальных проблем, некоторые из которых нужно затронуть.

Во-первых, логично встает вопрос о несоответствии договора указанным требованиям и условиям, т.е., иными словами, о совершении договора с различными недостатками и дефектами. Полагаю, что буквальное заимствование гражданско-правовых представлений здесь не является удачной идеей. Однако нет препятствий к тому, чтобы распространять на договоры в сфере труда идею недействительности как таковую, т.е. говорить об отрицании правом в той или иной степени юридических последствий, которые нормально должны были наступить. Во-вторых, возможной представляется классификация таких трудовых договоров, основанная на различных критериях. Полагаю, что наиболее универсальными критериями выступают характер недостатков, их очевидность, специфика нарушенных интересов, что целесообразно с точки зрения практики. Например, в зависимости от характера недостатков можно выделить договор, совершенный с пороком воли, субъектного состава, с недостатками формы либо содержания. Еще одно условное деление - в зависимости от степени внешнего проявления недостатков (с явными или скрытыми дефектами). Далее, в зависимости от нару-

шенных интересов, можно выделить договор, совершенный с ущемлением публичного интереса либо ущемляющий частный интерес (например, законный интерес работника, работодателя либо третьих лиц). И, в-третьих, в качестве классификации, имеющей особое значение для дальнейшего рассуждения, предложим деление дефектных договоров в сфере труда в зависимости от правовых последствий. В самом общем виде можно выделить договоры, которые никогда не могут породить желаемый правовой результат, и договоры, которые при соблюдении определенных условий способны породить желаемые правовые последствия. Это позволяет поставить один из наиболее спорных вопросов - каковы *последствия недействительности договора в сфере труда*. Вопрос этот стоит довольно остро и является определяющим для практической стороны рассматриваемой проблемы. Как и в первом случае, межотраслевая аналогия здесь возможна отчасти и должна опираться на соображения целесообразности, учитывать цели, задачи и ключевые принципы отрасли трудового права, специфику правоотношений. Также следует учитывать, что в договорном праве с недействительностью связывали как отрицательные, так и положительные последствия, что принципиально важно для трудового договора. Дело в том, что применение негативных последствий всегда требовало учета принципов разумности, справедливости, экономической целесообразности. Поэтому относительно двусторонней реституции можно поддержать однозначно отрицательную позицию, которая достаточно давно была высказана видными специалистами. Что касается односторонней реституции, то ее применение без учета специфики трудовых отношений, а также целей, задач и принципов трудового законодательства также было бы неправильным. Также нужно упомянуть о специфических «трудовых» последствиях, носящих, впрочем, единичный и неконкретный характер. Речь идет о недействительности условий трудового договора, которые не подлежат применению в тех случаях, когда ухудшают положение работника (по сути, имеет место порок содержания), хотя одного этого указания явно недостаточно. Соответственно, говорить о негативных последствиях применительно к договору в сфере труда возможно только в целях защиты конкретного права или законного интереса в случае его реального нарушения, при условии, что это принесет больше пользы, нежели чем сохранение юридической силы договора.

Поэтому наибольший интерес представляют именно положительные последствия, под которыми, как правило, понимали возможность сохранения (либо придания) юридической силы сделки при опре-

деленных условиях. В общем виде они обеспечивались в силу конвалидации (оздоровления, исцеления, излечимости сделки), в силу последующего подтверждения сделки соответствующим лицом (т.н. *ratihabito*) либо путем конверсии (преобразования данной сделки в другую). Все эти механизмы в римском праве применялись в разных условиях, носили казуистический характер, но в основе своей имели одну объединяющую идею – возможность приобретения полной юридической силы сделкой, изначально имеющей недостатки. На мой взгляд, весьма любопытно попробовать применить указанные идеи в целом к трудовому праву. Так, посредством *конвалидации* сделка, имеющая какие-либо недостатки, исправлялась, приводилась к тому, что за ней признавалась юридическая сила впредь, из условно действительной сделка становилась действительной безусловно. Это могло связываться с поведением субъекта, который признавал за сделкой действительность, отказываясь от ее оспаривания. Именно такое положение вещей складывается в сфере труда – вопрос о действительности договора возникает только в случае правового конфликта сторон. То есть даже явно дефектный трудовой договор по умолчанию признается как действительный. Иными словами, конвалидация договора известна трудовому праву, хотя теоретических разработок здесь практически нет. *Подтверждение* же сделки заключалось в последующем одобрении ее соответствующим лицом, например, от имени которого она была сделана без надлежащих полномочий. Применительно к трудовому договору такой механизм позволил бы решить проблему полномочности представителей работодателя (особенно при фактическом допуске к работе). Относительно *конверсии*, замечу, схожая идея закреплена положениями ст.11 ТК РФ о применении норм трудового законодательства к отношениям, возникшим из гражданского договора. Показательной также является практика пере-квалификации судом гражданского договора в трудовой, по требованиям налоговых органов. Полагаю, что даже эти единичные примеры иллюстрируют, что идея оздоровления договора в целом может выступить основой для выработки отраслевых представлений и претендовать на общее правило в трудовом праве. Конструктивно такой механизм может закрепляться сам по себе либо в качестве следствия, выводимого из соответствующего принципа (презумпции) действительности договора.

Е.И. Петрова

МЕРЫ СОЦИАЛЬНОЙ ПОДДЕРЖКИ ВETERANОВ БОЕВЫХ ДЕЙСТВИЙ: МИФЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬ- СТВА И РЕАЛЬНОСТЬ

Законодательным актом, составляющим в настоящее время основу системы мер социальной поддержки ветеранов в Российской Федерации, является Федеральный закон «О ветеранах» от 12 января 1995 г. N 5-ФЗ (в редакции от 21 декабря 2009 г., далее – Закон о ветеранах). В соответствии с названным Законом меры социальной поддержки означают предоставление особого преимущества или частичное освобождение отдельных категорий граждан или семей от общеустановленных правил, обязанностей или облегчение их выполнения в связи с тем, что им необходима особая социальная защита со стороны общества.

Вся совокупность граждан, являющихся ветеранами боевых действий, в зависимости от адресованного им набора мер социальной поддержки подразделяется на три большие группы. К первой группе относятся военнослужащие, иные категории граждан, которые проходили военную службу, а также службу в правоохранительных органах как на территории бывшего Советского Союза или других государств в различные периоды времени, так и вышедшие в отставку военнослужащие, которые проходили военную службу в наши дни на территории Российской Федерации, например в Чеченской Республике, и участвовали в боевых действиях в соответствии с решениями органов государственной власти Российской Федерации. Во вторую группу ветеранов боевых действий включены лица (в том числе члены летных экипажей воздушных судов гражданской авиации, выполнявших полеты в Афганистан в период ведения там боевых действий), обслуживавшие воинские части Вооруженных Сил СССР и Вооруженных Сил РФ, находившиеся на территориях других государств в период ведения там боевых действий, получившие в связи с этим ранения, контузии или увечья либо награжденные орденами или медалями СССР или РФ за участие в обеспечении этих боевых действий. К третьей группе ветеранов боевых действий относятся лица, направлявшиеся на работу в Афганистан в период с декабря 1979 г. по декабрь 1989 г., отработавшие установленный при

направлении срок либо откомандированные досрочно по уважительным причинам.

Если проанализировать положения ст. 16 Закона о ветеранах, можно сделать вывод о том, что значительная часть мер социальной поддержки адресовано военнослужащим, отнесенным к первой группе ветеранов боевых действий. Однако, несмотря на вроде бы значительный перечень таких мер, многие из них либо потеряли свою актуальность, либо в силу определенных причин не применяются. Такие меры социальной поддержки, как первоочередная установка квартирного телефона, преимущество при вступлении в жилищные, гаражные кооперативы, в современных условиях значительно устарели.

Формальной является и такая мера социальной поддержки, как выплата специальных стипендий в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 23 июня 1995 г. № 628 (в редакции от 8 февраля 2001 г.) «Об установлении специальных стипендий студентам государственных образовательных учреждений профессионального образования из числа лиц, предусмотренных Федеральным законом «О ветеранах». Согласно данному Указу выплата специальных стипендий студентам очной формы обучения из числа ветеранов боевых действий, обучающимся в государственных образовательных учреждениях высшего и среднего профессионального образования, производится в размере 200 руб. в месяц. Механизм увеличения данной стипендии не предусмотрен. Таким образом, за весь период действия Указа размер стипендии остается неизменным, несмотря на увеличение инфляции с момента его принятия.

Обучение по месту работы на курсах переподготовки и повышения квалификации за счет средств работодателя также не имеет действительного содержания, поскольку в настоящее время работодатели неохотно переобучают за свои средства работников, так как это требует материальных затрат, и предпочитают принимать на работу уже квалифицированный персонал. Скептически можно отнестись и к такой мере социальной поддержки ветеранам боевых действий, как использование ежегодного отпуска в удобное для них время и предоставление отпуска без сохранения заработной платы сроком до 35 календарных дней в году. Условия предоставления данной меры регулируется положениями статей 123 и 128 Трудового кодекса РФ. Положительным моментом является использование ежегодного отпуска в удобное для них время, но в то же время предоставление отпуска без сохранения заработной платы не является ощутимой мерой, так как работник берет его за свой счет.

Более значимыми для ветеранов боевых действий являются такие меры, как ежемесячная денежная выплата, льготы по пенсионному обеспечению, право на обеспечение жильем (к сожалению, весьма ограниченное), оплата в размере 50% занимаемой общей площади жилых помещений, протезирование, обеспечение путевками в санаторно-курортные организации. Тем не менее перечисленные меры социальной поддержки трудно назвать существенными для ветеранов по своему охвату и объему предоставляемых благ. Более того, даже этот скудный набор не предоставляется ветеранам боевых действий второй и третьей групп.

В дополнение к мерам социальной поддержки, предусмотренным ст. 16 Закона о ветеранах, субъекты Российской Федерации могут устанавливать иные меры социальной поддержки законами субъектов Российской Федерации и принимаемыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами. Анализируя и сравнивая законодательство субъектов Российской Федерации, можно сделать заключение, что в дополнение к мерам социальной поддержки, установленным на федеральном уровне, субъекты Российской Федерации, как правило, ограничиваются предоставлением единого социального проездного билета и освобождением от уплаты транспортного налога. Это связано прежде всего с тем, что дополнительные меры социальной поддержки, установленные в регионах, являются расходными обязательствами субъектов Российской Федерации, а последние не имеют достаточного объема денежных средств для их финансирования.

Таким образом, обоснованным представляется вывод о том, что от системы мер, создающих определенные условия для экономического и морального благополучия ветеранов, произошел переход к системе мер, носящих мифический характер, которые, хотя и являются самостоятельными явлениями реальности, в действительности включают определенный законодательством набор потерявших актуальность мер социальной поддержки без целевых ориентиров их применения. Нормы права, регламентирующие меры социальной поддержки ветеранам боевых действий, лишены положительного регулятивного эффекта и не достигают поставленной в Законе о ветеранах цели – создание условий, обеспечивающих ветеранам достойную жизнь, активную деятельность, почет и уважение в обществе.

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДА РАБОТНИКОВ ПЕЧАТИ (ИСТОРИЧЕСКИЙ АСПЕКТ)

Специфика организации труда работников средств массовой информации (в частности, работников печати) уже в первой половине XX в. обусловила необходимость принятия отдельных нормативных правовых актов, устанавливающих особые условия труда указанной категории работников. К числу таких нормативных правовых актов можно отнести и постановление Наркомтруда СССР от 11.11.1929 г. № 356 «Об условиях труда работников искусств, печати и просвещения, обслуживающих нанимателя по отдельным заданиям» (далее также – Постановление № 356).

Действие указанного постановления при определенных условиях фактически распространялось на работников только одной из возможных форм распространения массовой информации – печатные издания. Можно предположить, что такая ситуация предопределялась исторически и была вызвана особым значением и массовым распространением в 20-е гг. XX в. именно печатных изданий как формы распространения массовой информации. Примечателен тот факт, что законодатель, устанавливая особенности регулирования труда работников печати, ставил их в один ряд с работниками искусств и просвещения, которые имманентно относились к сфере культуры и охватывались понятием «творческий работник» в его современной правовой интерпретации. Таким образом, особый, творческий, характер труда работников печати стал предпосылкой для установления дифференцированных правовых норм в регулировании их труда, и позволил рассматривать указанную категорию работников в качестве отдельной категории работников, обладающей особым трудовым статусом.

К числу работников печати, подпадающих под действие изучаемого постановления № 356, законодателем были отнесены: корреспонденты, хроникеры-репортеры, интервьюеры, референты, стьюэки-фельетонисты-обозреватели, карикатуристы-иллюстраторы, рецензенты, очеркисты, фоторепортеры, выпускающие, художники, корректоры, редакторы энциклопедий, внешние редакторы издательств, – обслуживающие по отдельным заданиям по своей специальности одно или не-

сколько предприятий или учреждений или частных лиц, при условии, что заработок от соответствующей деятельности является для указанных работников основным источником средств к существованию. Следует обратить внимание на тот факт, что в случае, если вышеуказанные работники печати за выполнение своей работы получали твердое повременное вознаграждение либо обязаны были выполнять определенную норму выработки, они попадали под действие общего законодательства о труде без специальных для них изъятий и их труд не регулировался нормами изучаемого Постановления № 356.

Одновременно исследуемый нормативный правовой акт устанавливал перечень случаев, при которых он не подлежал применению. Так, например, не попадали под сферу действия Постановления № 356: лица, работающие в предприятиях печати в порядке общественной работы; лица, урегулировавшие свои отношения с издательствами в договорах, предусмотренных законодательством об авторском праве; работники печати, выполняющие заказы частных лиц, предназначенные для удовлетворения личных нужд заказчика или членов его семьи.

Таким образом, труд работников печати, по общему правилу, подлежал урегулированию общими нормами трудового законодательства. В случае же, когда работа по специальности выполнялась по отдельным заданиям у одного или нескольких лиц (то, что в настоящее время регулируется на основе договоров подряда или возмездного оказания услуг), труд таких работников подлежал регулированию также общим законодательством о труде, но с изъятиями, установленными Постановлением № 356. Следовательно, работники печати фактически независимо от характера их занятости по специальности (постоянная либо по отдельным заданиям), за исключением случаев заключения с издательствами авторского договора, который регулировался нормами гражданского законодательства, являлись субъектами трудового права.

Анализируя текст Постановления № 356, например, п. 7, 11, можно заключить, что труд работников печати, указанных в данном постановлении, регулировался на основе индивидуального трудового договора. Правовая природа такого договора была однозначно законодателем определена. Тем не менее, в тексте постановления присутствуют нормы, устанавливающие особые условия такого договора, которые вносят в индивидуальный трудовой договор элементы гражданско-правового характера и, во всяком случае, снижают предусмотренный трудовым законодательством того времени уровень гарантий трудовых прав работников печати по сравнению не только с иными категориями работников, но и с работниками печати, но работающими за твердое повременное вознаграждение либо обязанными выполнять определен-

ные нормы выработки. Например, согласно п. 8 Постановления № 356 при найме на срок неопределенный наниматель вправе в любое время по своему усмотрению прекратить поручение заданий работнику. В этом случае работник либо предупреждался об увольнении за двенадцать календарных дней либо не предупреждался, но тогда ему выплачивалось выходное пособие за аналогичный календарный период. Другая норма (ст. 10 Постановления № 356) говорит о том, что рабочее время указанных работников не нормируется и не учитывается. Таким образом, единообразная по своей сути трудовая функция могла иметь вариативную форму правового регулирования в зависимости от особенностей организации такого труда у данного нанимателя.

М.С. Сагандыков

Южно-Уральский государственный университет

К ВОПРОСУ О РЕАЛИЗАЦИИ КОНСТИТУЦИОННЫХ НОРМ ПРИ РЕГУЛИРОВАНИИ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ

Зарубежная практика показывает, что наиболее действенным механизмом защиты интересов и работников, и работодателей на уровне конкретного предприятия являются коллективные переговоры. Однако проблема заключается в том, что большая часть работников (в сельских районах, в мелких организациях, работающих у физических лиц) не в состоянии организовать переговорный процесс. А ведь именно на этом этапе решаются многие проблемы, и в частности связанные с обеспечением равенства работников. В коллективных договорах и соглашениях закрепляются дополнительные гарантии женщинам, инвалидам, лицам с семейными обязанностями при приеме на работу, расторжении трудового договора, предоставлении неполного рабочего времени и дополнительного отдыха.

В процессе переговоров и при заключении коллективных договоров целесообразно урегулировать все вопросы, связанные с обеспечением права на справедливую заработную плату, в частности зависимость ее размера от производительности труда, квалификации работников, качества работы и других недискриминационных критериев.

Международная организация труда в докладе «Равенство в сфере труда – веление времени» в 2003 г. указывает, что зачастую работодате-

ли устанавливают пониженный размер оплаты труда женщинам, инвалидам, несовершеннолетним, обосновывая это большими материальными издержками их трудовой деятельности. Исследования показали, что дополнительные издержки работодателей, связанные с охраной материнства и детства, в общей сложности не превышают 1% валового месячного дохода всех работников.

Работодатель при заключении коллективного договора должен предоставлять представителю работников достоверную информацию о своем финансовом положении для более справедливого распределения материальных благ между работниками и работодателем. Прежде всего это является актуальным при установлении размера и сроков выплаты заработной платы. Работники вправе знать, какая часть прибыли расходуется работодателем на ее выплату работникам, насколько индексация заработной платы соответствует увеличению прибыли организации. В чем причины задержек в выплате заработной платы, на что работодатель расходует денежные средства, если не на оплату труда работников.

Однако, что является эффективным для более или менее крупных организаций, на сегодняшний день не подходит мелким компаниям. Этот факт заставляет законодателя по-другому подходить к реализации некоторых конституционных принципов регулирования труда на малых предприятиях, включая работодателей физических лиц. Так, отказ законодателя от использования КТС при рассмотрении споров с участием отдельных работодателей не нарушает принципы равноправия и защиты трудовых прав всеми предусмотренными законом способами.

Международно-правовой и конституционный принцип юридического равенства и запрета дискриминации в сфере труда не препятствуют проведению различий в правовом регулировании труда отдельных категорий работников. В связи с этим неприемлемой является позиция ряда авторов о необходимости унификации трудового законодательства.

При этом предоставление большей свободы в выборе условий трудового договора с участием работодателей – физических лиц является оправданным. Наиболее вескими причинами этому является разнообразие направлений хозяйственной деятельности работодателей – физических лиц, а также их повышенная зависимость от внешних факторов. Работодатели – индивидуальные предприниматели, главы крестьянских (фермерских) хозяйств не всегда могут спрогнозировать получение доходов на достаточно длительную перспективу, поскольку они, как субъекты малого предпринимательства, зависят от колебаний рынка, роста инфляции и (это относится к крестьянским хозяйствам) от природно-климатических условий в определенные периоды времени. Индивидуальные предприниматели больше, чем крупные организации, зависимы

от изменений в законодательстве (особенно налоговом). Наибольшее влияние на хозяйственную деятельность физических лиц оказывает поведение партнеров, в том числе невыполнение ими условий договоров. Если крупные организации в какой-то степени застрахованы от негативных последствий, которые могут наступить в таких случаях, то бизнес физических лиц практически беззащитен. Например, отказ арендодателя продлить договор аренды торговых площадей может заставить предпринимателя прекратить свою деятельность. В этом случае заключение срочного трудового договора с продавцом на время действия договора аренды является необходимым и обоснованным. Включение в трудовой договор с участием работодателя – физического лица дополнительных оснований прекращения также выглядит целесообразным и не нарушает конституционных принципов. Главное, чтобы причина увольнения по дополнительным основаниям не основывалась на дискриминационных мотивах (например, «вступление в профсоюз» или «наступление беременности»). В противном случае оно не может быть признано законным.

Положения статей 305–307 Трудового кодекса предоставляют работодателю – физическому лицу больше возможностей по сравнению с работодателем – юридическим лицом при выборе режима труда и отдыха, изменении определенных сторонами условий трудового договора по инициативе работодателя, прекращении трудового правоотношения. Отношения работодателей индивидуальных предпринимателей с работниками трудно контролируемы, что создает почву для злоупотреблений и правонарушений со стороны работодателя. Потому предоставленная законом свобода трудового договора может обернуться бедой для работника. Считаем, что дифференциация правового регулирования в данном случае должна быть основана не на том основании, является ли работодатель физическим или юридическим лицом, а на количестве работников в штате работодателя, т.е. на признании его субъектом малого предпринимательства.

Законодатель воспринял критику ученых и практиков и ограничил возможность заключения срочных трудовых договоров с работодателем – индивидуальным предпринимателем. Как известно, до внесения изменений в Трудовой кодекс Федеральным законом № 90-ФЗ, вопреки ст. 58 Трудового кодекса, срочный трудовой договор мог быть заключен не только в тех случаях, когда трудовые отношения не могли быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы, но и с любыми работниками, поступающими на работу к работодателям – физическими лицами (ст. 304 Трудового кодекса). Однако после внесения изменений в статьи 58, 59 и 304 Трудового кодекса данное

правило распространяется только на работодателей – индивидуальных предпринимателей, относящихся к субъектам малого предпринимательства. Таким образом, кодекс уравнил правовой статус работодателя – юридического лица и индивидуального предпринимателя с большим штатом работников.

Мы считаем, что все вышесказанное должно касаться возможности не только заключения срочного трудового договора, но и регулирования вопросов режима труда и отдыха, изменения и прекращения трудового договора, поскольку хозяйственная деятельность индивидуального предпринимателя, имеющего трудовые отношения с большим числом работников, в целом идентична деятельности юридического лица.

О.А.Самарина

Пермский государственный университет

К ВОПРОСУ О ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КОНСТИТУЦИОННЫХ (УСТАВНЫХ) СУДОВ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В СФЕРЕ ПРАВА СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

1. В соответствии со ст. 72 Конституции РФ социальная защита, включая социальное обеспечение, находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Ученые отмечают невысокий уровень качества законодательной работы в сфере социального обеспечения в субъектах Российской Федерации, называя в числе причин как недостаточное социально-экономическое развитие большинства субъектов РФ, так и недостаточный профессионализм регионального законодателя, связанный с отсутствием необходимого опыта законоотворчества в сфере социального обеспечения.

2. Необходимость организации конституционного судопроизводства в регионах обусловлена федеративным устройством России. Ученые выделяют следующие факторы идеи создания конституционных (уставных) судов в субъектах РФ: демократизация государства и поиск эффективных форм специализированного конституционного контроля; признание в Декларации о государственном суверенитете РСФСР необходимости существенного расширения прав автономных республик, автономных областей, автономных округов, краев и областей; заявление народных депутатов на заседаниях Съезда народных депутатов и Вер-

ховного Совета РСФСР о том, что учреждение российского Конституционного Суда «не препятствует в республиках создавать собственные органы конституционного контроля».

3. Правовой основой для создания и деятельности конституционных (уставных) судов в регионах являются Конституция Российской Федерации, Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации», конституции (у субъектов Российской Федерации), регулирующие деятельность соответствующих судов. Конституционные (уставные) суды являются судами субъектов Российской Федерации и входят в состав судебной системы Российской Федерации.

4. Создание конституционных (уставных) судов является правом, а не обязанностью субъектов Российской Федерации, и этим правом воспользовались немногие субъекты Федерации. В настоящее время нормы об учреждении конституционных (уставных) судов содержатся в конституциях (уставах) 57 субъектов Российской Федерации, но сами суды созданы и функционируют лишь в 16 субъектах Российской Федерации. Одной из основных причин того, что из 83 (а ранее – 88) субъектов Российской Федерации создали конституционные (уставные) суды лишь 16, является причина финансовая: вопросы финансирования региональных органов конституционного контроля возложены на субъекты Федерации. Ученые отмечают, что такой подход федерального законодателя ставит конституционные (уставные) суды в зависимое положение от органов законодательной и исполнительной власти субъектов Федерации. Многие правоведы обоснованно считают необходимым создание органов конституционного судебного контроля во всех субъектах Федерации.

5. Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» устанавливает право судов при рассмотрении конкретного дела решать вопрос о соответствии акта государственного или иного органа, должностного лица конституции (уставу) субъекта Российской Федерации; обязательность судебных постановлений конституционных (уставных) судов; распространение принципа единства статуса судей в Российской Федерации на судей конституционных (уставных) судов; общая характеристика компетенции конституционных (уставных) судов. Конституционный (уставный) суд субъекта Федерации может создаваться субъектом Российской Федерации для рассмотрения вопросов соответствия законов и нормативных правовых актов органов государственной власти субъекта Российской Федерации, органов местного самоуправления субъекта Российской Федерации конституции (уставу) субъекта Российской Федерации, а также для толкования конституции (устава) субъекта Российской Федерации. Закреп-

ленный федеральным законодателем объем компетенции может быть расширен конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации при обязательном соблюдении требований недопустимости вторжения в компетенцию Конституционного Суда РФ, других федеральных судов и соответствия компетенции субъекта Российской Федерации. Таким образом, перечень конституционных (уставных) полномочий является открытым.

6. В настоящее время решения конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации преследуют, прежде всего, цели обеспечения приведения в соответствие с Конституцией Российской Федерации нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации и повышения гарантий юридической защиты прав и свобод человека. В ряде субъектов Российской Федерации конституционные (уставные) суды довольно часто рассматривают вопросы социального обеспечения. Думается, конституционные (уставные) суды субъектов Российской Федерации могли бы обеспечить эффективный контроль за нормотворчеством в сфере социального обеспечения в субъектах Российской Федерации и, возможно, в большей степени гарантировать соблюдение конституционных прав граждан.

С.А. Соболев

Удмуртский государственный университет

ИСТОРИЯ ТРУДОВОГО ПРАВА РОССИИ В РАБОТАХ АВТОРОВ XVII – XVIII ВВ.

В рамках настоящей статьи не ставится целью подробное изложение историографии¹ работ указанного в названии настоящей статьи времени, закладывающих основы научного освещения трудового (до 1917 г. – горного, заводско-фабричного или фабрично-заводского, промышленного, рабочего или социального) права. Существующий объем таких исследований может составлять предмет самостоятельного монографического исследования. А выводы, суждения этих авторов для трудового права позволят восполнить некоторую пробельность и преодолеть непоследовательность в современном научном изложении особенностей формирования и развития актов о труде России.

© Соболев С.А., 2010

При анализе исторических работ XVII – XVIII вв. обращается внимание на роль российского государства в становлении крупной промышленности и формировании законодательства в сфере труда. Существование крупных заводов, фабрик и мануфактур объективно предопределяли необходимость государственно-правового сочетания и разграничения многочисленных интересов, прежде всего между работниками, работодателем и государством.

Восстановление научной справедливости предполагает включение в современные историко-правовые исследования по трудовому праву выводы авторов XVII – XVIII вв. Всестороннее, непредвзятое осмысление многих трудов этого времени позволит полнее характеризовать правоотношения в сфере промышленного труда и рассматривать именно этот период, как время формирования науки трудового права и трудового законодательства в России.

По мнению А.М.Лушникова, М.В.Лушниковой, предпосылки научных исследований в сфере труда связаны не только с западным влиянием, но и с отечественной традицией. В связи с чем велик соблазн причислить к числу первых ученых, обратившихся к анализу правового регулирования трудовых отношений, первого русского экономиста И.Т.Посошкова. Если же говорить о взглядах Посошкова на проблемы наемного труда, то, как считают ученые, они были вполне крепостническими. Поэтому противоречивые идеи Посошкова, совмещающие новаторский подход с крепостнической позицией, адекватно отражали сложность и противоречивость эпохи Петра I. Тогда как трудовое законодательство в России, по мнению А.М.Лушникова, М.В.Лушниковой, было принято позднее, а говорить о становлении науки трудового права в России ранее 80-х гг. XIX в. не приходится². Следует согласиться с тем, что Посошкова и, наверное, других авторов XVII – XVIII, и начала XIX вв. сложно отнести к авторам, которые занимались разработкой трудовправовой тематики или ученым-трудоуказам. Тогда как сам факт существования достаточно многочисленных работ этого периода, сохранивших в себе наряду с комплексной характеристикой экономики, истории, права, а также и вопросы правового регулирования наемного труда и законодательство о труде, находятся в контексте общественного (промышленного) развития России. Поэтому представляется не правильным недооценивать их вклад в будущее формирование многих научных направлений, в том числе и трудового права.

Понимание развития современной концепции трудового права включает в себя изучение действующего трудового законодательства, а так же экономических, исторических и иных причин их появления, изменения или отмены. В этом смысле многие правовые проблемы в сфе-

ре труда могут рассматриваться сквозь призму социальных (юридических и неюридических) наук. Насколько возможны такие ситуации, задается вопросом Е.А.Скрипилев, когда историк русского права изучает только правовые нормы и не привлекает каких-либо дополнительных, не соотнося их с другими источниками? Приводя противоположные позиции и аргументы ученых, представляется очень точной мысль В.О. Ключевского, считающего, что «историки-юристы, не принимая в расчет совокупность условий жизни, вращаются в своей замкнутой клетке, решая уравнения с тремя неизвестными»³. Следует отметить, что характеризую первые шаги в отечественных трудовые исследованиях, А.М. Лушников, М.В. Лушникова используют труды фабричных инспекторов, государственных и общественных деятелей, по большей части второй половины XIX в. Хотя появлению таких работ предшествовали изыскания авторов по вопросам в сфере труда и более раннего времени.

Обобщение, изучение и систематизация литературы по истории трудового права, на первый взгляд, не вызывает сложностей. Традиционно в учебно-научной литературе признается, что трудовое право сложилось как самостоятельная отрасль и юридическая дисциплина в России после 1917 г. В свою очередь, первые акты о труде, как и научные труды, отнесены, как указывалось ранее, к XIX в. При этом, первые работы по характеристике положений горного или горно-заводского, заводско-фабричного или фабрично-заводского законодательства относятся к XVII - началу XVIII вв.

Одним из первых сочинений, позволяющее им получить представление об уровне железоделательного производства в России XVII в., выступает труд Г.К. Котошихина [в работе указано Г. Кошихин] подъячего Посольского Приказа, времени правления А.М. Романова. После побега за границу и по требованию Государственного канцлера Швеции графа М.Делагари Г. Котошихин написал работу, опубликованную в нашей стране лишь в начале XIX в.. В работе имеется описание учреждений, осуществляющих функции организации и непосредственного участия через деятельность приказов, как органов государства, в деле содействия поиска полезных ископаемых, заведению ремесел и привлечению к этому делу отечественных и зарубежных специалистов. Говорить о существовании в это время крупного промышленного производства вряд ли возможно, но истоки реформ XVIII в. становятся понятными по мере постепенного накопления опыта в XVI-XVII вв..

Как отмечает Г. Котошихин, «...в Московском государстве золота и серебра не родится, хотя в Крониках пишут, что Русская земля на золота и серебро урожайная, однако сыскати не могут, а когда и сыщут,

и то малое, и к такому делу Московские люди не промышленны, а иных государств люди те места, где родится золото и серебро, сыскали б, а не хотят к тому делу пристать, для того, что много потеряют на завод денег, а как они свой разум окажут, и потом их ни во что промысл и завод поставят и от дела отлучат»⁴.

Таким образом, указываются некоторые причины, которые препятствовали активному освоению горнорудных богатств и невысокому уровню развития горнодобывающей и перерабатывающей промышленности. С одной стороны, это значительные финансовые затраты, в том числе и на привлечение квалифицированных мастеров и вольнонаемных работников. С другой стороны, это отсутствие государственно-правовых гарантий в обеспечении прав тех лиц, которые хотели бы начать крупное промышленное производство, но высок был риск все потерять. При этом, серьезную конкуренцию составлял и мелко-ремесленный промысел, когда на отдельных территориях получала оформление специализация различных производств, в том числе мелкий металлургический и железоделательный промыслы. Об истоках и распространении горнорудных и перерабатывающих разработок на Руси отдельные авторы связывают с XV-XVI вв., по мнению других, – это XVI - XVII вв.⁵ Более подробное освещение этого направления в изучении можно обнаружить в трудах дореволюционных и советских ученых.

В работе Г. Котошихина приводятся некоторые направления сферы деятельности и полномочия приказов, количественный состав служащих. В частности, не исключалось совмещение руководства сразу несколькими приказами. При этом постоянно в нем могло находиться, в некоторых случаях, не свыше двух-четырех чел. («товарищи», как-то боярин, дворянин, дьяки, «околничей», «столник» и др.). Как представляется, в этом случае можно увидеть первые примеры совместительства или же совмещения в сфере труда.

Излагая направления деятельности таких приказов, как Оружейного, Пушкарского, Иноземного, Новая Четверть, Золотого и Серебряного Дела, автор касается сферы финансово-промышленной политики государства, включающей в себя значительные расходы на «строения и заводы» («завод» - обзаведение, обиход, заведение) («того дела промышленных людей», «строение пушечное», покупку оружия и приглашение мастеров из «иных государств» и др. Суммы налоговых сборов можно проследить на примере приказа Новгородская Четверть, в ведении которого находились такие города, как Великий Новгород, Псков, Нижний Новгород, Архангельск, Вологда и иные города, «...и с тех городов с торговых людей денежных доходов, и таможенных, и кабацких, и соля-

ных, и с железных и с иных промыслов соберется в год со 100 000 рублей, кроме того, что изойдет в тех городах на всякие расходы»⁶.

Расходы на организацию поиска руд и привлечение иностранных специалистов происходили и значительно ранее рассматриваемого времени. Так, в 1633 г. из Москвы в Пермь Великую была отправлена экспедиция «сыскивать золотые руды». Начальником ее назначили стольника приказа золотых дел боярина Стрешнева. Золотой руды не нашли, но во многих местах по р. Каме были обнаружены медные руды⁷.

Кроме того, можно проследить и некоторые особенности правоотношений между государством и «мастеровых всяких» «стволного и ложного и замочного и иного дела мастера». Последние могли привлекаться «погодно, по переменам», а за работу производился «поденный корм», «жалавонье мастеровым людям» из царской казны. В работе Г. Котошихина говорится о существовании «на Москве» 42 Приказов⁸, «кроме городовых и патриарших Приказов и таможен», «а Дьяков в тех Приказах и по городам с воеводами, со 100 человек, подъячих с 1000 чел.»⁹

Однако следует отметить, что подробное изучение организации горного управления получает в дореволюционной литературе во второй половине XIX в. Признавалось, что в ведение горных дел по разным частям вмешивались и посольский приказ, и приказ большой казны, и сибирский приказ, и оружейная палата и пушечный двор. Обязанности каждого из этих учреждений, в отношении горного дела, не были строго определены. В 60-х годах XVII столетия ведение горных дел поручено было приказу большого дворца. В Сибири рудные промыслы ведались в сибирском приказе и у тобольских воевод. Конец подобной безурядице был положен именным указом Петра I от 24 августа 1700 г., которым повелевалось учредить в Москве приказ рудных дел и немедленно переслать в него все дела о рудах¹⁰.

В советский период ученые подробно исследовали «штат» или, говоря современным языком, постоянный состав квалифицированных работников при Пушкарском приказе, включающий в себя не только оружейников. Первый известный именной список мастеровых людей Пушкарского приказа относится к 1617/1618 г. и включал он 49 чел. во главе с пушечным и литейным мастером¹¹. Несколько более широкий охват в подсчете отечественных и зарубежных мастеров «металлического и оружейного дела» было предпринято в дореволюционной науке. В одном случае всего мастеров до конца XVII в. приводится – 468 чел.; в другом, более уточненным, – 1267 чел.¹² Для нас важно обратить внимание, прежде всего, на те проблемы, с которыми приходилось сталки-

ваться и решать государству на начальном пути строительства крупного промышленного производства.

Другой, не менее значимой, выступает работа И.Т. Посошкова, которая оценивалась как «блестящий памятник самобытного творчества мысли, прирожденной умственной даровитости»¹³, этим трудом интересовался М.В. Ломоносов.

С позиций непосредственного участника, сопереживающего и радеющего за все то, с чем приходилось сталкиваться, И.Т. Посошков затрагивает наиболее проблемные аспекты общественной, социально-экономической жизни России начала XVIII в. В виде специальных глав выступают вопросы духовности, воинских дел, правосудия, деятельности купечества и некоторых других. По мнению крестьянина из подмосковного села Покровского, «...не то царственное богатство, еже в царской казне лежащая казны много, ниже то царственное богатство, еже синклит (Синклит (греч.) – высшие гражданские и духовные правительственные лица) царского Величества в золототканых одеждах ходит; но то самое царственное богатство, ежели бы весь народ по мерностям своим богат был самыми домовыми внутренними своими богатствами...»¹⁴.

В работе акцентируется внимание на значимости благосостояния народа в целом, так и вполне конкретного индивида, объясняет причины социальных пороков в обществе. По мнению И.Т. Посошкова, российские правители «человека ни во что ставят, и накормить его не хошут, чтобы он доволен был без нужды, и тем стеснением принуждают их к краже и ко всякой неправде и в мастерстве к нерадению»¹⁵. В сфере экономики автор предлагает дифференцированно подходить не только к оказанию финансовой помощи, но и к проведению налоговой политики, способствуя расширению больших и малых промыслов. И.Т. Посошков предлагает направить «во все города указы, чтобы торговым людям, у коих заводы промышленные есть, земские бургомистры из ратушь своего давали бы деньги, по промыслу их...». В тех же случаях, когда уже «заведены заводы большие» суконные, полотняные, бумажные, стеклянные или железные, то для расширения промыслов сумма помощи должна быть значительно больше¹⁶.

В работе И.Т. Посошкова предпринимается попытка критического анализа целого комплекса проблем социального, финансово-экономического характера и роли государства в их решении. Выступая за поддержку ремесел и промыслов, обращается внимание на необходимость обучения мастерству, особой роли купечества, правосудия. Отмечается важная роль информированности населения о принятых правовых актах, чтобы «всяк его читал и волю Его Императорского Вели-

чества ведал» и «ничего бы противного» не делал, «от всяких неправых дел отделился». Обосновывается реализация «царского интереса» в финансово-налоговой политике по отношению к большим и малым промыслам в правовом порядке и на всей территории. И.Т. Посошков рассчитывал на достойную оценку своего труда написанного 24 февраля 1724 г. со стороны царя-преобразователя. Но нет пророков в родном отечестве и после представления книги автор был арестован, а через пять месяцев заключения скончался.

Процветание государства российского и эффективность проводимой социально-экономической политики, в том числе и в сфере труда XXI в., можно оценить с точки зрения труда И.Т. Посошкова. Отличия внешних и внутренних условий прошлого и настоящего времени, будь то в уровне техники и технологии производства, в культуре и правосознании людей, не снижает актуальность и востребованность некоторых способов решения проблем в государственном развитии, предложенных в начале XVIII в. Возросшие потребности и уровень жизни человека едва ли сравнимы, но понятным становится налоговая политика государства и его финансовая поддержка в сфере большого и малого бизнеса через то состояние, в котором находится современное функционирование отраслей экономики, транспорта а также сферы образования, бытового обслуживания населения. В сфере труда благосостояние работников можно оценить с позиции соотношения прожиточного минимума и уровня заработной платы, количества занятых и безработных. С точки зрения реализации многих исторических предложений в сфере экономике и труда современная жизнь говорит скорее не о преимуществах, а об игнорировании прошлого опыта и знаний в нашей стране.

Одной из первых научно-систематизированных работ, включающей богатейший исторический, статистический и иной документальный материал по двенадцати губерниям России, стало двухтомное исследование обер-секретаря Сената И. К. Кириллова. Составленный труд в 1727 г. был издан только в 1831 г. и включал специальный отдел «О заводах и фабриках» по каждой губернии, с указанием времени строительства, профиля производства, месторасположения и некоторые другие факты. В отличие от прежних разрозненных оценок работа И. К. Кириллова впервые обобщает документальный материал о действующих в России заводах и фабриках, металлургических и железодельных предприятиях. Не удивительно, что в последующем ученые будут использовать эти данные при написании исторических, статистических, экономических и иных трудов.

По мнению советских ученых, вплоть до 1940-х гг. работа И. К. Кириллова являлась основным источником для разработки истории лег-

кой и металлургической промышленности России петровского времени. В то же время рекомендовалось пользоваться некоторыми сведениями с известной осторожностью. Так, историки на основании этих сведений насчитали 233 мануфактуры, в то время как по точным данным и с привлечением других источников их было 200¹⁷. И. Кирилов предупреждал, что используемые им «известия» найдены в Сенате и «в разных Коллегиях и канцеляриях». Поэтому, не касаясь оценок достоверности сведений, следует обратить внимание на необратимый и поступательный процесс строительства фабрик и заводов. Как результат все возрастающий приток населения, добровольно или принудительно вступающего в промышленно-трудовые правоотношения крупного горнодобывающего и перерабатывающего производства в XVIII в..

Следует обратить внимание на отличные от предыдущего века государственные учреждения в сфере управления промышленного труда. В частности, И. К. Кириллов, описывая личный состав Берг-Коллегии, включая сторожей, рассыльных, говорит о численности в 33 чел., а Мануфактур-Коллегии – 24 чел.¹⁸. Таким образом, принципиально меняется руководство отношениями в сфере труда, и все вопросы передаются в функции этих двух коллегий, а число служащих по сравнению с прошлым веком увеличивается к началу XVIII в. почти в десять раз. Возрастает и роль правового регулирования в различных сферах, в том числе и в сфере промышленного производства. В Полном Собрании Законов Российской Империи (1830 г.) была приведена сравнительная характеристика количества издаваемых актов в различные периоды правления царствующих лиц. Оказалось, что за время правления Петра Великого более чем в два раза выросло число законоположений по сравнению с периодом, который ему предшествовал, начиная с 1649 г.¹⁹. Поэтому не удивительно, что первые акты горного и фабричного законодательства некоторые дореволюционные, советские и современные авторы относят именно на этот период.

Следует признать, что в современной литературе ставится под сомнение наличие науки и научного знания в XVII – XVIII вв. В основном внимание ученых, как советского, современного, так и некоторых авторов дореволюционного периода обращается на XIX в. Среди аргументов приводятся данные о слабом развитии промышленности, наличии крепостного права до 1861 г., появлении первых законов о труде во второй половине XIX в. и некоторые др. В философской литературе высказана точка зрения, согласно которой науки, в современном смысле слова, еще не было, ибо в это время она еще формировалась²⁰. Отдавая должное уважение усилиям Петра Великого в развитии систематиче-

ских знаний, тем не менее считается, что в XIX в. «мы вступили все в том же состоянии всеобщего невежества»²¹.

Различия в оценках и подходах исторических исследований и сочинений в сфере труда XVII – XVIII вв. подчас обусловлены проблемами восприятия понятийного аппарата, уровня развития отечественной промышленности и правоотношений в сфере наемного труда, времени появления первых актов о труде и других фактов, событий. Тем не менее ссылки на труды XVIII в. можно обнаружить в дореволюционной литературе по полицейскому (административному) праву²², а в советский период – при освещении истории металлургии²³.

Среди авторов, сочетающих в работах научно-исследовательскую и практическую направленность вопросов в сфере промышленного труда, непосредственными участниками строительства и управления фабриками и заводами выступают В. де-Геннин, В.Н. Татищев, И.И. Веймарн, В.И. Крамаренков, М.Д. Чулков, А.С. Ярцов, И.Ф. Герман и некоторые др. Трудно переоценить их вклад в развитие горного дела и горнозаводского законодательства, а масштабность и многоплановость исследований и в настоящее время привлекает внимание историков, экономистов, социологов и, думаю, заинтересует юристов-трудовиков.

¹ Историография – (греч.) изучение и собрание литературы по истории какого-нибудь предмета или как история истории, т.е. историческая литература // Полный толковый словарь всех общеупотребительных иностранных слов, вошедших в русский язык с указанием их корней / составитель Н. Дубровский. М., 1907. С. 290

² См.: Лушиников А.М., Лушиникова М.В. Российская школа трудового права и права социального обеспечения: портреты на фоне времени (сравнительно-правовое исследование): монография: в 2 т. Ярославль, 2010. С. 11, 130-131

³ См.: Скрипчев Е.А. Роль источников права в исследовании истории русского права // История права: Англия и Россия / рук. авт. кол. В.С. Нерсесянц, У. Батлер. М., 1990. (304 с.). С. 66-68

⁴ См.: Котошихин Г. О России, в царствование Алексея Михайловича. СПб., 1840. С. 76.

⁵ См.: Заозерская Е.И. У истоков крупного производства в русской промышленности XVI-XVII веков. К вопросу о генезисе капитализма в России. М., 1970. С. 206

⁶ См.: Котошихин Г. Указ. Соч. С. 85

⁷ См.: Максимов М.М., Горнунг М.Б. Очерк о первой меди. М., 1976. С. 66.

⁸ В работе И.Д.Беляева указывается 36 Приказов. Беляев И.Д. История русского законодательства. СПб., 1999. С. 521.

⁹ См.: Котошихин Г. Указ. Соч. С. 92.

¹⁰ См.: *Кеппен А.П.* Организация горного управления до передачи его в ведение Министерства Государственных Имуществ в 1874 году и состояния в это время горной промышленности // Горно-Заводской Листок. 1888. № 3. С. 32

¹¹ Е.И. Заозерская ссылается на работу А.П. Лебединской. См.: *Заозерская Е.И.* Указ. соч. С. 241.

¹² В.Ф. Железнов сравнивает свои данные с теми, которые приводил И.Е. Забелин. См.: *Железнов В.Ф.* Указатель мастеров, русских и иноземцев, горного, металлического и оружейного дела и связанных с ними ремесл и производств, работавших в России до XVIII века. СПб., 1907.

¹³ См.: *Кизеветтер А.А.* Предисловие // Посошков И. Книга о скудости и богатстве и некоторые более мелкие сочинения / под ред. В.О. Ключевского, А.А. Кизеветтера и др. М., 1911. С. IV.

¹⁴ См.: *Посошков И.Т.* Книга о скудости и богатстве и некоторые более мелкие сочинения / Под ред. В.О. Ключевского, А.А. Кизеветтера и др. М., 1911. С. 1.

¹⁵ См.: *Посошков И.Т.* Указ. Соч. С. 62.

¹⁶ См.: *Посошков И.Т.* Указ. Соч. С. 101.

¹⁷ См.: *Павленко Н.И.* История металлургии в России XVIII века. Заводы и заводладельцы. М., 1962. С. 5.

¹⁸ См.: *Кирилов И.* Цветущее состояние Всероссийского государства, в какое начал, привел и оставил неизреченными трудами Петр Великий, отец отечества, император и самодержец Всероссийский, и прочая, и прочая, и прочая. Кн. 1. М., 1831. С. 8.

¹⁹ ПСЗ РИ. Т. 1. СПб., 1830. С. XXXI.

²⁰ См.: *Илларионов С.В.* Лекции по теории познания и философии науки // Илларионов С.В. Теория познания и философия науки. М., 2007. С. 29.

²¹ См.: *Шпет Г.Г.* Очерк развития русской философии // Шпет Г.Г. Сочинения. М., 1989. С. 40.

²² См.: *Андреевский И.Е.* Полицейское право. Т. 2. Ч. II, полиция благосостояния. СПб., 1873. С. 567.

²³ См.: *Кафенгауз Б.Б.* История хозяйства Демидовых в XVIII-XIX вв. Опыт исследования по истории Уральской металлургии. Т.1.М.; Л., 1949; Павленко Н.И. История металлургии в России XVIII века. Заводы и заводладельцы. М., 1962.

Н.А. Соколова

Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского

© Соколова Н.А., 2010

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ ПО ЛЕКАРСТВЕННОМУ ОБЕСПЕЧЕНИЮ ГРАЖДАН

В настоящее время лекарственное обеспечение является важнейшей составляющей медицинского обслуживания граждан. Действующее законодательство не содержит исчерпывающего определения медицинской помощи, что предопределяет возможность в некоторых случаях дифференцировать медицинское и лекарственное обеспечение. Это можно продемонстрировать на примере положений ст. 41 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан (далее – Основы), где говорится о мерах социальной поддержки в оказании медико-социальной помощи и лекарственном обеспечении гражданам, страдающим социально значимыми заболеваниями.

Если рассматривать право на лекарственное обеспечение как составную часть правомочия на получение медицинской помощи, то возникает вопрос об основаниях получения пациентами лекарственных средств. С учетом гарантированности ст. 41 Конституции РФ бесплатной медицинской помощи логично было бы предположить, что и лекарственное обеспечение осуществляется за счет бюджетных и страховых средств, являясь для граждан бесплатным. Базовые нормативные акты в части рассматриваемой проблемы не отвечают потребностям правового регулирования. Так, в Основах содержание ст. 44 «Обеспечение населения лекарственными средствами и изделиями медицинского назначения, иммунобиологическими препаратами и дезинфекционными средствами» не соответствует ее наименованию. В указанной норме говорится лишь о том, что контроль за качеством лекарственных средств, иммунобиологических препаратов, дезинфекционных средств и изделий медицинского назначения осуществляется федеральным органом исполнительной власти, в компетенцию которого входит осуществление государственного контроля и надзора в сфере обращения лекарственных средств (Росздравнадзор), и федеральным органом исполнительной власти по контролю и надзору в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия человека (Роспотребнадзор).

Подчеркнем также и то, что термин «обеспечение» в рассматриваемом контексте требует дополнительного разъяснения, поскольку не дает четкого представления о платности или бесплатности обеспечения населения лекарственными средствами. При этом данная категория применительно к лекарственному обеспечению широко используется в нормативных правовых актах.

Недавно принятый Федеральный закон от 12 апреля 2010 г. «Об обращении лекарственных средств» также не рассчитан на установление гарантий доступности лекарств для граждан. В соответствии со ст. 1 указанного закона под обращением понимается разработка, доклинические исследования, клинические исследования, экспертиза, государственная регистрация, стандартизация и контроль качества, производство, изготовление, хранение, перевозка, ввоз на территорию Российской Федерации, вывоз с территории Российской Федерации, реклама, отпуск, реализация, передача, применение, уничтожение лекарственных средств.

Как видно, назначение данного закона состоит в технико-организационном регулировании лекарственной сферы. Это отличает его от ранее действовавшего Федерального закона от 22 июня 1998 г. «О лекарственных средствах», где хотя бы первоначально была предпринята попытка закрепления гарантий обеспечения граждан лекарственными средствами.

На практике же право гражданина на бесплатное лекарственное обеспечение зависит от того, в какой форме (амбулаторной или стационарной) он проходит лечение. В нормативных правовых актах, определяющих права пациента, прямо не закреплено, что при стационарной медицинской помощи лицо бесплатно обеспечивается необходимыми лекарственными препаратами. Этот вывод косвенно вытекает из анализа Основ, где в соответствующих статьях, закрепляющих полномочия органов власти различного уровня, содержатся положения об обязательствах указанных органов по обеспечению лекарственными средствами подведомственных учреждений.

Более четко это положение прослеживается в Программе государственных гарантий оказания гражданам Российской Федерации бесплатной медицинской помощи (далее – Программа), утверждаемой ежегодно Правительством РФ. Подчеркнем, что и в данном акте не закреплены права граждан в области лекарственного обеспечения. Структура Программы строится на перечислении финансовых обязательств бюджетов различных уровней и системы обязательного медицинского страхования. Более того, в рассматриваемом акте также предусмотрены общие положения, не позволяющие конкретизировать полномочия пациентов. Например, среди условий оказания медицинской помощи названо *обеспечение* граждан в соответствии с законодательством Российской Федерации *необходимыми лекарственными средствами*. Такое же положение предусмотрено относительно медицинской помощи, финансируемой за счет средств обязательного медицинского страхования. Несколько иначе выглядит соответствующая норма применительно к

бюджетным средствам. В Программе сказано, что в соответствии с законодательством Российской Федерации расходы бюджетов всех уровней включают в себя обеспечение медицинских организаций лекарственными и иными средствами.

Вместе с тем в Программе достаточно четко закреплено, что одним из разделов территориальных программ государственных гарантий оказания гражданам бесплатной медицинской помощи должен быть перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных средств и изделий медицинского назначения, необходимых для оказания стационарной медицинской помощи, а также скорой и неотложной медицинской помощи. Следовательно, право на бесплатную медицинскую помощь, включая лекарственное обеспечение в стационарных условиях, ограничивается определенным перечнем лекарственных средств. При этом на уровне закона подобные положения не предусмотрены, как и полномочия органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, принимающих территориальные программы государственных гарантий оказания бесплатной медицинской помощи, самостоятельно определять объем прав в части бесплатного лекарственного обеспечения.

Возможность расширения этого объема предусмотрена в Приказе Минздравсоцразвития России от 12 февраля 2007 г., где сказано, что назначение стационарным больным лекарственных средств, зарегистрированных в установленном порядке в Российской Федерации и разрешенных к медицинскому применению, но не входящих в стандарты медицинской помощи и территориальный перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных средств, производится только по решению врачебной комиссии, которое фиксируется в медицинских документах больного и журнале врачебной комиссии (п. 2.5). В следующем пункте этого приказа определено, что подобные лекарственные средства могут назначаться на основании договора добровольного медицинского страхования и/или договора на оказание платных медицинских услуг (п. 2.6). Представляется, что подобные нормы не могут содержаться в ведомственном нормативном акте, регулирующем порядок назначения и отпуска лекарственных средств.

Обеспечение граждан лекарствами при амбулаторном лечении может осуществляться в общем и специальном порядке. В последнем случае речь идет о возможности гражданина, страдающего определенным заболеванием или принадлежащего к определенной социальной группе, приобрести лекарственные средства на льготных условиях: бесплатно или со скидкой. В остальных случаях пациенты приобретают лекарства за собственные средства.

Подводя итог, следует еще раз отметить, что регулирование отношений в сфере лекарственного обеспечения не осуществляется на должном уровне. Наличие пробелов, противоречий, несогласованности нормативных актов различной юридической силы не способствует эффективной реализации конституционного права граждан на медицинскую помощь и требует дальнейшего совершенствования российского законодательства.

С.Ю. Фильчакова

Байкальский государственный университет экономики и права

КОЛЛЕКТИВНО-ДОГОВОРНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В ТРУДОВОМ ПРАВЕ СОДРУЖЕСТВА НЕЗАВИСИ- МЫХ ГОСУДАРСТВ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ

Общественно-трудовые отношения возникают между людьми по поводу применения рабочей силы, а именно приведение к действию индивидуальной способности к труду в общественной (коллективной) форме. Общественная форма труда объективно требует объединения усилий всех работников единственной кооперации труда, который достигается организацией (управлением) процесса коллективного труда. Потому кроме живого труда объектом регуляции трудового права является организация коллективного труда на предприятиях, в учреждениях, организациях.

Анализ действующего законодательства в сфере регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений Содружества Независимых Государств (СНГ) позволяет сделать вывод о том, что трудовому законодательству стран Содружества свойственна модель трудовых отношений, которая сочетает в себе прямое государственное регулирование условий труда с сохранением возможности сторон свободно договариваться о некоторых из таких условий, например о размере заработной платы. Такое регулирование, соответственно, не представляется возможным без существования коллективно-договорных отношений.

В юридической литературе, как правило, анализируется коллективно-договорное регулирование трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений.

В ряде государств-участников СНГ приняты специальные нормативные правовые акты, посвященные правовому регулированию коллективно-договорных отношений (Закон Кыргызской Республики от 25.07.2003 г. №154 «О социальном партнерстве в области трудовых отношений в Кыргызской Республике»; Закон ВР Украины от 01.07.1993 г. №3356-ХІІ «О коллективных договорах и соглашениях»)¹. В современный период, как правило, данные вопросы урегулированы кодифицированными актами в виде разделов или глав (ТК РФ; ТК Азербайджанской Республики от 01.02.1999 г. №618-ІІ; ТК Республики Молдова от 28.03.2003 г. №154-ХV; ТК Республики Казахстан от 15.05.2007 г. №251-ІІІ ЗРК; ТК Республики Беларусь от 26.07.1999 г. №296-3; ТК Республики Узбекистан от 21.12.1995 г.; ТК Кыргызской Республики от 4.08.2004 г. №106; ТК Республики Армения от 14.12.2004 г. №НО 124).

В контексте исследуемого вопроса нас интересуют коллективно-договорные отношения в сфере труда и их регулирование. Большинство законодательных актов государств-участников СНГ коллективно-договорные отношения либо называют в перечне форм социального партнерства, либо перечисляют в понятии социального партнерства (ТК РФ, ТК Республики Армения, Республики Беларусь, ТК Республики Казахстан, ТК Кыргызской Республики, ТК Республики Молдова). Указанные нормативные правовые акты с различными вариациями, не меняющими сущность указанных отношений, к коллективно-договорным отношениям относят: коллективные переговоры по подготовке проектов коллективных договоров, соглашений и их заключению; взаимные консультации (переговоры) по вопросам регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений, обеспечения гарантий прав работников в сфере труда и совершенствования трудового законодательства (участие в рассмотрении проектов нормативных актов и предложений, касающихся социально-экономических реформ, в совершенствовании трудового законодательства, обеспечении гражданского примирения, разрешении коллективных трудовых конфликтов); участие представителей работников и работодателей в разрешении трудовых споров (участие представителей работников и работодателей в досудебном разрешении трудовых споров; отказ от конфронтации и социальных конфликтов); участие работников, их представителей в управлении организацией.

Следовательно, мы видим, что набор коллективно-договорных отношений во многом совпадает и не имеет принципиальных различий.

Коллективно-договорные отношения с учетом способа регулирования можно условно разделить на две группы: регулируемые законом и регулируемые договором. К первой группе относятся коллективные

переговоры по подготовке проектов коллективных договоров, соглашений и их заключению; взаимные консультации (переговоры) по вопросам регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений, обеспечения гарантий прав работников в сфере труда и совершенствования трудового законодательства; участие представителей работников и работодателей в разрешении трудовых споров; участие работников, их представителей в управлении организацией. Ко второй – регулирование названных отношений принятыми коллективными договорам и (или) соглашениями, локальными правовыми актами, в случаях, установленных законодательством, которые, как правило, являются неотъемлемой частью коллективных соглашений или приложением к ним.

Однако данную классификацию можно применять с определенной оговоркой, поскольку сочетание законодательного и договорного способов установления прав и обязанностей участников правоотношений в сфере регулирования коллективных отношений положено в основу обеих групп. Условность такой классификации заключается в следующем. С точки зрения толковых словарей договор – это соглашение, как правило, письменное, о взаимных обязательствах. То есть соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении прав и обязанностей участников правоотношений в форме документа, в котором изложено содержание договора, заключенного в письменной форме. Однако оговорка «как правило», позволяет сделать вывод о том, что договор это не обязательно письменный акт. Поскольку это может быть согласованность (соглашение) на основе предварительных консультаций, переговоров; согласованность (соглашение) при принятии локальных актов в организации, при формировании комиссии по трудовым спорам для разрешения индивидуальных споров досудебным способом и в других случаях, установленных законодательством.

Кроме того, различие состоит в том, что в одном случае форма договора носит нормативный характер (коллективный договор, соглашение, локальные акты), а в другом, как правило, ненормативный (приказы, распоряжения, предложение о вступлении в коллективно-переговорный процесс, взаимные консультации).

Однако названные группы коллективно-договорных отношений взаимосвязаны между собой и не могут рассматриваться автономно друг от друга.

Кроме того, анализ трудового законодательства СНГ позволяет сделать вывод о том, что использование отдельными странами (ТК Республики Беларусь, ТК Республики Армения) формулировки «коллективные трудовые отношения» не совсем удачно – как с точки зрения ре-

гулирования отношений, составляющих предмет трудового права, в том числе коллективно-договорных, так и с точки зрения юридической техники.

В основу такого вывода положен тот факт, что индивидуальные отношения выступают основой для существования коллективных отношений, а коллективно-договорные отношения и коллективно-договорное регулирование – это способ решения социально-экономических проблем и противоречий, прежде всего, между субъектами трудовых отношений, возникающих между работником и работодателем.

¹ Во всех случаях автор использовал ресурсы (актуальные тексты нормативных правовых актов с последними изменениями и дополнениями), полученные с помощью правовых Интернет-сайтов. Поскольку источниками официального опубликования нормативных правовых актов СНГ являются региональные издания, как правило, недоступные для ознакомления в других регионах, далее источники их опубликования указываться не будут.

Хейно Сийгур
Тартуский университет

ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ ОПЛАТЫ ТРУДА РАБОТНИКОВ В ЭСТОНИИ

1. Правовые основания оплаты труда работника, который работает на основании трудового договора в Эстонии, устанавливает Закон о трудовом договоре (Tö õleringu seadus, далее по тексту – TLS), принятый 17 декабря 2008 г. и вступивший в силу с 1 июля 2009 г. (RT I 2009, 5, 35). С этой даты считается недействительным Закон о заработной плате, принятый 26 января 1994 г. Недействительными отныне признаны также все постановления и другие нормативные акты, вытекающие из Закона о трудовом договоре от 15 апреля 1992 г. В частности, утратило силу прежнее постановление правительства Эстонской Республики о минимальной ставке заработной платы № 270 от 8 декабря 1998 г. 11 июня 2009 г. правительство приняло новое постановление № 90 «Об установлении минимальной ставки оплаты труда» (RT I 2009, 31, 192), которое вступило в силу 1 июля 2009 г. При этом минимальные почасовая и помесечная ставки вознаграждения за труд не изменились.

© Сийгур Хейно, 2010

Надлежит учитывать, что положения TLS и постановлений правительства Эстонской Республики могут быть уточнены или расширены иными законами или подзаконными нормативными актами нашего государства. Положения об оплате труда можно также дополнять и расширять в рамках коллективных договоров разных уровней.

В принципе, требования TLS, постановлений правительства республики и коллективных договоров в части норм об оплате труда рассматриваются как минимальные для установления ставок оплаты труда по согласованию между работником и работодателем. Отклонение от них в невыгодную для работника сторону допустимо лишь в случаях, строго оговоренных законом.

2. Учитывая специфику системы национального права Эстонии, надо оговорить, что TLS как законодательный акт, устанавливающий специальные нормы для регулирования трудовых отношений, основанных на трудовом договоре, предусматривает также возможность применения к трудовым отношениям (в том числе к отношениям об оплате труда) положений эстонского законодательства об обязательном праве.

3. Необходимость вознаграждать за труд вытекает из самого понятия о трудовом договоре (ст. 1 TLS). В перечне обязанностей работодателя (ст. 28 TLS) предусматривается, что работодатель обязан обеспечивать работника оговоренной работой, давать ясные и своевременные распоряжения (п. 1 ч. 2), платить за работу вознаграждение на оговоренных условиях и в оговоренное время (п. 2 ч. 2), обеспечивать условия труда, соответствующие требованиям охраны здоровья работника и безопасности труда (п. 6 ч. 2).

Если закон, коллективный или трудовой договор не предусматривают иного, работник в соответствии со ст. 15 TLS обязан выполнять оговоренную работу и обязанности, обусловленные характером работы (п. 1 ч. 2), в оговоренном объеме, месте и в оговоренное время (п. 1 ч. 2.), своевременно и точно выполнять законные распоряжения работодателя (п. 1 ч. 2).

Работник и работодатель обязаны лояльно исполнять взаимные обязательства (ч. 1 ст. 15 и ч. 1 ст. 28 TLS), то есть учитывать взаимные потребности, интересы и возможности.

4. Трудовой договор должен отражать оговоренную оплату труда, в том числе вознаграждение по результатам хозяйственной деятельности и сделок работодателя, способ исчисления и порядок выплаты вознаграждения, срок, с которого оно считается подлежащим взысканию (день выдачи заработной платы), а также уплачиваемые и удерживаемые работодателем законные налоги и платежи (п. 5 ч. 1 ст. 5 TLS).

5. К сожалению, TLS не дает определения оплаты труда. Правовое понятие оплаты труда, безусловно, шире, чем вознаграждение за работу, проделанную в обычных нормальных условиях.

Так, хотя в TLS не упомянуты доплаты и дополнительные вознаграждения, из самой сути трудового договора вытекает, что в случае если работник не может выполнить работу не по своей вине или работа не принесла предусмотренного результата (например из-за некачественных материалов или инструментов), он имеет право требовать предусмотренную компенсацию. Это четко вытекает из статей 35, 36 и 38 TLS. Кроме того, работодатель может устанавливать соответствующие показатели и условия, например за выполнение работы высокого качества в срок, за высококачественный результат работы при условии выполнения работы в срок и др. Закон также не ограничивает работодателя относительно введения разных систем поощрения (премирования). Работник может также иметь право на часть прибыли или часть оборота или иных результатов хозяйственной деятельности работодателя, если это предусмотрено договором. В этом случае за основу расчета доли работника берется утвержденный отчет работодателя за соответствующий хозяйственный год (ст. 30 TLS). Если по трудовому договору работник имеет право на вознаграждение со сделок, заключенных между работодателем и третьим лицом, выплата вознаграждения работнику осуществляется на основании статей 679 – 682 Закона об обязательном праве. Думается, все перечисленные выше виды вознаграждений связаны с трудовым вкладом работника или обязанностью работодателя обеспечить работника работой и предусмотренными для нее условиями. Таким образом, все они входят в понятие оплаты труда, хотя могут различаться способами установления, расчета и выплаты.

В правовом аспекте понятие оплаты труда можно определить следующим образом. Оплата труда есть плата за работу, проделанную в рамках трудовых отношений, основанных на трудовом договоре, а также плата за отклонения условий труда от обычных, нормальных. Размер, исчисление, способ и порядок ее выплаты определяются соглашением сторон с учетом положений TLS, других нормативных актов или коллективных договоров.

С.С.Худякова

Пермский государственный университет

К ВОПРОСУ О ПРАВЕ РАБОТНИКОВ НА СПРАВЕДЛИВУЮ ЗАРАБОТНУЮ ПЛАТУ

Многие международные правовые акты и акты Европейского сообщества провозглашают право трудящихся на справедливое и удовлетворительное вознаграждение за труд, которое обеспечивает достойное человека существование, его самого и его семьи. Конституция РФ не декларирует право граждан на достойную или справедливую оплату труда. Однако Трудовой кодекс РФ в качестве принципа правового регулирования трудовых и смежных с ними отношений закрепляет обеспечение права работника на выплату справедливой заработной платы, обеспечивающей достойное существование для него самого и его семьи, и не ниже установленного федеральным законом минимального размера оплаты труда (ст.2).

Попытаемся определить подходы к уточнению критериев справедливости применительно к заработной плате работников.

Право неотделимо от справедливости. Оно представляет собой, своего рода, инструмент установления справедливого баланса интересов индивидов, социальных слоев, общностей, классов. В зависимости от понимания того, какой должна быть справедливость, предполагаются одинаковые обязанности для всех и уравнительное распределение либо разные обязанности для разных лиц и дифференцированное распределение.

Еще Аристотель, разрабатывая теорию справедливости как основы права, различал два вида справедливости: уравнивающую и распределяющую. Уравнивающая справедливость должна применяться при обмене ценностями или возмещении ущерба. Распределяющая же справедливость должна признавать справедливым как равное, так и неравное распределение между различными лицами в зависимости от их вклада в общее благо. В современных условиях представления о справедливости развивают достижения исследователей прошлого и выделяют такие критерии справедливости, как 1) уравнивание, направленное на сохранение целого, 2) оценка индивидуального вклада каждого в увеличение общественного богатства, 3) защита индивидуальности, 4) условия для утверждения индивидуальности, 5) допустимая степень выражения собственного интереса. Безусловно, существуют и иные взгляды на сущность справедливости, но думается, именно приведенные критерии наиболее точно могут отразить суть права работника на справедливую заработную плату. Остановимся на анализе только некоторых проявлений «распределяющей» и «уравнивающей» составляющих справедливости при установлении уровня заработной платы.

Стоимость рабочей силы традиционно в экономике рассматривается как стоимость набора жизненных средств, необходимых для удовлетворения материальных, социальных, культурных и иных потребностей работника и его семьи. В то же время стоимость рабочей силы есть величина индивидуальная, так как она зависит от способности конкретного работника создавать в процессе труда определенную величину новой стоимости. Так, работники одной и той же профессии при выполнении одинаковой работы, проявляя разные способности (уровень квалификации, стаж, объем знаний), создают неодинаковую величину новой стоимости (добавленной или вновь созданной), т.е. вносят разный вклад в создание общего блага. Справедливое распределение новой стоимости между собственниками капитала (работодателем) и рабочей силы (работником) должно быть положено в основу определения уровня заработной платы. Соблюдение такого принципа предопределяет дифференциацию заработной платы в зависимости от трудового вклада каждого во вновь созданную стоимость. Однако необходимо определить оптимальные пропорции деления вновь созданной стоимости между работодателем и работником, которые обеспечивали бы развитие микро- и макроэкономики.

В странах с развитой рыночной экономикой большая часть вновь созданной стоимости (национального дохода) становится собственностью работника. Этот показатель составляет 75-80% новой стоимости в национальном доходе. Такая рыночная пропорция (75% – заработная плата, 25% – прибыль) обеспечивает возможность работника защитить себя результатом своего труда: работник становится самообеспеченным, самодостаточным и выступает на рынке, по сути, инвестором тех отраслей экономики, продукцией и услугами которых он пользуется. В этом, на наш взгляд, проявляется «распределяющая» составляющая справедливости при определении уровня заработной платы. Такой механизм распределения в наибольшей степени может обеспечить баланс интересов работника, работодателей и общества в целом. Однако нельзя не отметить, что в экономической науке существует и противоположное суждение, согласно которому в рыночных условиях вообще не остается места для подобных распределительных отношений.

Уравнивание, как критерий справедливости, в области реализации права работника на выплату ему заработной платы проявляется, в частности, в установлении минимального размера оплаты труда, который имеет характер социальной гарантии, обеспечивающей охранительную и защитную функцию. В России в качестве базы для установления минимального размера оплаты труда используется величина прожиточного минимума, рассчитываемого на основе «потребительской

корзины». В настоящее время предельно ограниченный набор потребительской корзины не позволяет в полном объеме возмещать необходимые затраты на поддержание жизнедеятельности работника (основная часть корзины приходится на группу продовольственных товаров – 45,8% (для сравнения; в США – 9%, в Канаде – 11%), но энергетическая ценность продуктового набора на трудоспособного мужчину составляет 2730 ккал, в то время как человек должен потреблять в день 2800-3700 ккал (для сравнения: в США, Германии, Франции калорийность суточного рациона для трудящегося установлена в пределах 3300-3700 ккал). Не в полной мере учитываются в потребительской корзине потребности человека в одежде и обуви. Не предусмотрены в корзине и затраты работника на поддержание и повышение своего профессионального уровня, на содержание неработающих членов семьи и др. Поэтому рассчитываемая на основе потребительской корзины (минимального прожиточного минимума) минимальная заработная плата в современных условиях не выполняет своей социальной функции и не отвечает критериям справедливости.

В трудовом законодательстве РФ прямо зафиксировано, что минимальная заработная плата не может быть ниже прожиточного минимума трудоспособного населения. Однако, по сути дела, речь идет только о физиологическом минимуме, который не позволяет говорить о воспроизводстве рабочей силы. Для достижения социальной справедливости, думается, нижний предел гарантированной заработной платы должен соответствовать минимальному потребительскому бюджету (оптимальной стоимости потребительской корзины, сложившейся в определенных экономических условиях), который достаточен для простого воспроизводства рабочей силы и позволяет удовлетворять основные потребности человека, необходимые для восстановления его физических и интеллектуальных сил, а также предусматривает содержание иждивенцев. Причем, принимая во внимание неизбежную дифференциацию размера такого бюджета в различных регионах РФ, необходимо установить четкую взаимосвязь минимальной заработной платы с размером регионального минимального потребительского бюджета трудоспособного человека. Цель, к которой следует в перспективе стремиться России в части определения приемлемого уровня минимальной заработной платы, определена Европейским комитетом по социальным правам: минимальная заработная плата в странах ЕС должна составлять 60% средней заработной платы по национальной экономике (или не менее 50%, если при этом обеспечивается «приличный» уровень жизни). Сейчас в России удельный вес минимальной заработной платы в средней составляет 22% (в 1990г. в СССР – 27%).

Закрепление на законодательном уровне подобных распределительных и уравнивающих механизмов в сфере определения уровня заработной платы работника могло бы способствовать тому, что выплата справедливой заработной платы стала бы реальностью для всех трудящихся.

И.В. Шестерякова

Саратовская государственная академия права

О СОЦИАЛЬНОМ ХАРАКТЕРЕ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА

Современный мир характеризуется развитием интеграционных процессов, проявляющихся в различных сферах социальной действительности. Именно в процессе трудовой деятельности происходит общение людей, а значит, нормы трудового права носят социальный характер (общественный, относящийся к жизни людей и их отношениям в обществе).

Социальный характер норм трудового права России выражается на различных уровнях трудового законодательства: федеральном, субъектов и локальном. На федеральном уровне социальный характер норм трудового права должен выражаться, прежде всего, в установлении гарантий и минимальных стандартов для работников и работодателей. Социальный характер норм трудового права состоит в том, что работники находятся под защитой государства, а государство не только защищает, но и контролирует исполнение норм трудового права всеми его субъектами. Особенно актуально для локального уровня, так как все нормы, устанавливаемые работодателем, не должны ухудшать положение работников по сравнению с международными нормами, федеральным законодательством, иными нормативными правовыми актами.

Социальный аспект правовых норм отражен в федеральных Программах Президента РФ: «Здоровье», «Образование», «Доступное и комфортное жилье – гражданам России», «Развитие агропромышленного комплекса». Эти программы частично затрагивают и трудовые отношения. Необходимы другие социальные проекты, в частности социальная программа, направленная на регулирование трудовых отношений, отражающая новые цели и задачи Международной организации труда, а именно — достойный труд, обеспечение стандартов и основополагающих принципов в сфере труда; создание дополнительных возможностей для мужчин и женщин в обеспечении равной занятости и дохода; повышение уровня социального обеспечения; укрепление трипартизма и социального диалога. Представляется, что такая программа должна быть принята в качестве федеральной программы Президента РФ и

© Шестерякова И.В., 2010

называться «Достойный труд в Российской Федерации». В ней следовало бы дать понятие «достойного труда» и определить меры по его обеспечению, содействию занятости, гендерного равенства, здоровых и безопасных условий труд; расширению мер социальной защиты работников; развитию социально-партнерских отношений; защите от дискриминации и т. д. Отдельно необходимо предусмотреть меры по повышению правовой культуры работников и работодателей, культуры труда, мероприятия, направленные на воспитание у детей желания трудиться, творческого отношения к труду и т. д.

Необходимо, чтобы этот аспект был учтен и реализован не только в последующих федеральных программах, но и в нормах трудового законодательства, в первую очередь нормах Трудового кодекса РФ.

В современных условиях говорить только о минимуме гарантий, прав, обязанностей, предоставляемых в централизованном порядке, не совсем верно. Думается, речь должна идти о необходимом минимуме социально-необходимых стандартов. В действующем российском законодательстве это понятие не закреплено. В Государственной Думе с 1997 г. разрабатывается проект федерального закона «О государственных минимальных социальных стандартах», где предполагается дать определение минимальных государственных социальных стандартов, но, к сожалению, данный проект пока не стал законом.

Отмечая социальный характер норм трудового права, следует остановиться на особом виде правовых норм – принципах. Наряду с общими они обладают специфическими видовыми признаками. При этом следует отличать понятия «нормы-принципы» и «принципы права».

Современное трудовое право характеризуется некоторой особенностью, которая выражается благодаря взаимодействию трудового и международного права; появляются новые нормы-принципы, основанные на международных принципах и нормах.

Представляется, что в современном трудовом праве принципы могут устанавливать основы соотношения международных трудовых норм и трудового права России на базе Конституции РФ, уставов международных организаций и т.д. Например, это может быть принцип приоритета международных трудовых норм над национальными трудовыми нормами Российской Федерации. В случае если национальным трудовым законодательством работнику предоставляется более льготное положение, должны применяться национальные трудовые нормы.

Одной из тенденций развития современного трудового права можно назвать также усиление роли норм-принципов в области регулирования трудовых отношений. Особенно это касается международных

трудовых норм и их влияния на национальное трудовое законодательство. Однако принципы — это не только основные, исходные начала отрасли трудового права. Сегодня принципы, отражая международные тенденции, устанавливают права и обязанности каждого конкретного субъекта трудового права. Это подтверждается тем, что законодатель в действующем Трудовом кодексе установил ст. 2, которая закрепляет основные принципы правового регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений.

Говоря о социальном характере норм трудового права, следует обратить внимание на то, что социальными эти нормы не могут быть в полной мере без их эффективности.

Существует мнение и о том, что можно говорить об эффективности, неэффективности и нулевой эффективности правовых норм. Однако представляется, что относительно норм трудового права необходимо говорить только об эффективности, так как неэффективность и нулевая эффективность сводят на нет само трудовое право, его цели и задачи, функции, присущие трудовым нормам.

Особенно важным такое понимание и определение эффективности норм трудового права становится на сегодняшнем этапе развития и модернизации экономики России.

С. В. Шуралева

Пермский государственный университет

О НОВЫХ ИСТОЧНИКАХ РОССИЙСКОГО ТРУДОВОГО ПРАВА В ТРАНСНАЦИОНАЛЬНЫХ КОРПОРАЦИЯХ

1. На начальных этапах политика транснациональных корпораций (далее – ТНК) в области соблюдения трудовых прав (особенно в развивающихся странах) имела колонизаторский характер. В настоящее время ТНК рассматриваются уже не столько как эксплуататоры трудящихся, но как сила, которая сможет распространить международные трудовые стандарты на работников беднейших стран мира.

2. Одним из вариантов такого воздействия является создание в недрах ТНК внутренних актов в сфере трудового права. По способу принятия их можно разделить на два класса: 1) акты, исходящие в одностороннем порядке от основного (материнского) общества ТНК (есть

смысл определить их как «интерлокальные акты»); 2) акты, принимаемые по соглашению с профсоюзной организацией (корпоративные соглашения). Примерами интерлокальных актов можно считать Социальный кодекс ОАО «ЛУКОЙЛ», кодексы деловой этики, корпоративного поведения. К корпоративным соглашениям следует отнести генеральные коллективные договоры ОАО «ГАЗПРОМ», его дочерние общества и организации, соглашение между ОАО «Нефтяная компания «ЛУКОЙЛ» и Международным объединением профсоюзных организаций ОАО «Нефтяная компания «ЛУКОЙЛ» (для зарубежных организаций), принятое 20 октября 2009 г. в Белграде.

3. Интерлокальные акты ТНК в сфере труда (далее – ИНА) можно определить как нормативные акты, издаваемые основным обществом ТНК и распространяющие действие на организации, входящие в группу ТНК, независимо от их местонахождения, выражающие принципы и социальные обязательства ТНК перед работниками, членами их семей, пенсионерами. Сопоставляя ИНА и локальные нормативные акты, можно отметить такие общие черты, как социальная направленность (закрепляют повышенный уровень гарантий для работников); односторонний порядок принятия. В то же время есть и существенные отличия: 1) по содержанию (ИНА характеризует закрепление основных положений, нормы более абстрактные, но в то же время есть и конкретные гарантии); 2) по субъекту принятия (локальные нормативные акты принимаются работодателем, а ИНА – основным обществом ТНК); 3) по сфере распространения (ИНА действует в пределах ТНК в целом, а не только у одного работодателя); 4) кругу лиц (ИНА распространяется не только на работников, но и на членов их семей, пенсионеров). Можно рассматривать и иные критерии.

4. Под корпоративным соглашением следует понимать заключенное между коллективом работников в ТНК (в лице объединенной профсоюзной организации ТНК) и работодателями в составе ТНК (в лице основного общества ТНК) соглашение, в котором закреплены основные положения в сфере занятости, оплаты труда, времени отдыха, создания безопасных условий труда; дополнительные гарантии и льготы работникам и членам и семей, а также иные социально-партнерские обязательства сторон. Корпоративное соглашение может распространять свое действие на территорию нескольких государств.

Корпоративное соглашение сочетает в себе признаки коллективного договора и соглашения по ТК РФ. Так, корпоративные соглашения и коллективные договоры объединяет сходная структура. Общей чертой корпоративного соглашения и коллективного соглашения является то, что эти акты распространяют свое действие на два и более трудовых

коллектива работников. Как и коллективные договоры, и соглашения корпоративные соглашения заключаются в результате переговоров. Однако в отличие от коллективных договоров и соглашений корпоративные соглашения не имеют под собой правовой основы в ТК РФ.

5. Если рассматривать место корпоративных соглашений и ИНА среди локальных нормативных актов, коллективных договоров и соглашений, то их иерархия видится следующим образом. На уровне организации действуют локальные нормативные акты и коллективный договор. Далее следует, не подменяя их, корпоративное соглашение, которое либо подчинено ИНА (как, например, в случае с Социальным кодексом ОАО «ЛУКОЙЛ») или стоит на одном с ИНА уровне, на следующих ступенях – соответственно отраслевое тарифное соглашение, а затем и генеральное соглашение.

На основании изложенного корпоративные кодексы и ИНА целесообразно рассматривать в качестве новых источников российского трудового права, специфичных пока что только для ТНК.

И.А.Яблокова

*Московская государственная юридическая академия
им О.Е.Кутафина*

ЛЕКАРСТВЕННАЯ ПОМОЩЬ КАК САМОСТОЯТЕЛЬНЫЙ ВИД СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ: ВЧЕРА И СЕГОДНЯ

Лекарственная помощь, являясь самостоятельным видом социального обеспечения, входит составной частью в самостоятельную группу отношений по социальному обеспечению – отношений по оказанию бесплатной медицинской помощи в рамках обязательного медицинского страхования.

При оказании медицинской помощи в рамках Программы государственных гарантий оказания гражданам РФ бесплатной медицинской помощи на 2010 год, утвержденной постановлением Правительства РФ от 2 октября 2009 г. №811, граждане бесплатно обеспечиваются необходимыми лекарственными средствами.

Нормативно-правовая база, регулирующая отношения по обеспечению граждан лекарственной помощью, весьма обширна.

Рассмотрим подробнее новый Федеральный закон от 12.04.2010 N 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» (далее – Закон № 61-ФЗ), вступивший в силу 1 сентября 2010 г. вместо Федерального закона «О лекарственных средствах» 1998 г. Новый закон более подробно регулирует отношения, связанные с обращением лекарственных средств.

Остановимся на некоторых моментах.

Во-первых, ст. 43 Закона № 61-ФЗ дополнена новыми правами пациентов, участвующих в проведении клинических исследований лекарственного препарата для медицинского применения. К ним относятся информированность об условиях участия пациента в клиническом исследовании лекарственного препарата для медицинского применения; о цели или целях и продолжительности клинического исследования лекарственного препарата для медицинского применения; - о гарантиях конфиденциальности участия пациента в клиническом исследовании лекарственного препарата для медицинского применения. Право на страхование здоровья уточнено: если ранее речь шла об условиях страхования здоровья пациента, то теперь в Законе № 61-ФЗ закреплено право пациента на *обязательное* страхование его жизни и здоровья.

Уточнен процедурный вопрос: добровольное согласие пациента на участие в клиническом исследовании лекарственного препарата для медицинского применения должно подтверждаться его подписью или подписью его законного представителя на информационном листке пациента.

Кроме того, в старом законе допускалось участие в качестве пациентов детей только с согласия в письменной форме их родителей, в новом – и усыновителей. При этом дети могли рассматриваться в качестве потенциальных пациентов такого исследования, если его проведение необходимо было для лечения детских болезней, теперь - для укрепления здоровья детей или профилактики инфекционных заболеваний в детском возрасте. Вторая цель исследования осталась неизменной - получение данных о наилучшей дозировке лекарственного препарата для лечения детей.

Существенные изменения претерпел п. 6 ст. 43 Закона № 61-ФЗ, устанавливающий запрет на проведение исследования с участием в качестве пациентов определенных категорий граждан (см. таблицу).

Старая редакция

1. Несовершеннолетние, не имеющие родителей
2. Беременные женщины

Новая редакция п.6 ст. 43 Закона

1. Дети-сироты и дети, оставшиеся без попечения родителей
2. Женщины в период беременно-

- сти, женщины в период грудного вскармливания
3. Военнослужащие, за исключением случаев проведения клинического исследования лекарственного препарата, специально разработанного для применения в условиях военных действий, чрезвычайных ситуаций, профилактики и лечения заболеваний и поражений, полученных в результате воздействия неблагоприятных химических, биологических, радиационных факторов. Клиническое исследование такого лекарственного препарата может проводиться с участием в качестве пациентов военнослужащих, за исключением военнослужащих, проходящих военную службу по призыву, с соблюдением требований, установленных настоящим Федеральным законом в отношении гражданских лиц
3. Военнослужащие, за исключением случаев проведения клинического исследования лекарственного препарата, специально разработанного для применения в условиях военных действий, чрезвычайных ситуаций, профилактики и лечения заболеваний и поражений, полученных в результате воздействия неблагоприятных химических, биологических, радиационных факторов. Клиническое исследование такого лекарственного препарата может проводиться с участием в качестве пациентов военнослужащих, за исключением военнослужащих, проходящих военную службу по призыву, с соблюдением требований, установленных настоящим Федеральным законом в отношении гражданских лиц
4. - ~ -
4. Сотрудники правоохранительных органов
5. Лица, отбывающие наказание в местах лишения свободы, а также лица, находящиеся под стражей в следственных изоляторах
5. Лица, отбывающие наказание в местах лишения свободы, а также лица, находящиеся под стражей в следственных изоляторах

Во-вторых, в старом нормативном акте было лишь закреплено, что договор страхования здоровья пациента, участвующего в клинических исследованиях лекарственного средства, заключается между организацией - разработчиком лекарственного средства и медицинской страховой организацией. В Законе № 61-ФЗ данная статья состоит из 14 пунктов, закрепляющих не только обязанность организации страховать жизнь, здоровье пациента, участвующего в клинических исследованиях лекарственного препарата, за свой счет в качестве страхователя путем заключения договора обязательного страхования жизни, здоровья данного пациента на случай причинения вреда жизни или здоровью пациента в результате проведения клинических исследований лекарственно-

го препарата для медицинского применения, но и понятие объекта обязательного страхования, страхового случая, размер страховой выплаты по договору обязательного страхования, срок договора обязательного страхования. Уточнены полномочия Правительства РФ, которое в соответствии с новым законом должно принять типовые правила обязательного страхования жизни и здоровья пациента, участвующего в клинических исследованиях лекарственного препарата.

В-третьих, в Законе № 61-ФЗ отдельной 12-й главой регулируется ценообразование на лекарственные препараты. Установлен запрет на продажу лекарственных препаратов, включенных в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов, на которые не зарегистрирована предельная отпускная цена производителя. При этом органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации должны размещать в сети «Интернет» или опубликовывать информацию о зарегистрированной предельной отпускной цене на такие препараты, об установленных в субъекте Российской Федерации размере предельной оптовой надбавки и (или) размере предельной розничной надбавки к установленным производителями фактическим отпускным ценам. Данная информация должна размещаться также в аптечных организациях в доступной для сведения всех заинтересованных лиц форме и обновляться по мере ее опубликования. На официальном сайте Росздравнадзора России (www.roszdravnadzor.ru) имеется информация о том, что по состоянию на 31 мая 2010 г. Федеральной службой по надзору в сфере здравоохранения и социального развития зарегистрированы цены на 6 763 жизненно необходимых важнейших лекарственных средства.

В заключение подчеркнем, что принятие нового Федерального закона от 12 апреля 2010 г. №61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» было обусловлено необходимостью совершенствования законодательного регулирования вопросов обращения лекарственных средств во избежание кризиса 2006-2007 гг., когда в аптеках возник дефицит лекарственных средств для льготников.

Е.В.Яшурина

И.В.Зобнина

Пермский государственный университет

О ПРАВОВОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ ТРУДА РУКОВОДИТЕЛЯ ОБОСОБЛЕННОГО СТРУКТУРНОГО ПОДРАЗДЕЛЕНИЯ: НЕКОТОРЫЕ ТРУДО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ

Тенденция к укрупнению юридических лиц различных организационно-правовых форм в экономическом пространстве России приводит к увеличению числа их обособленных структурных подразделений, обладающих достаточной самостоятельностью в осуществлении хозяйственной деятельности. Однако в нормативном правовом регулировании деятельности структурных подразделений, в частности, их руководителей, есть определенные пробелы.

В регламентации деятельности обособленных структурных подразделений участвуют нормы нескольких основных отраслей права – гражданского, трудового, налогового и ряда других норм. Каждая отрасль права вкладывает в определение обособленного структурного подразделения свой смысл. Так, гражданское право дает определение в виде закрытого перечня – представительства и филиалы юридических лиц. Они не являются юридическими лицами, но наделяются имуществом и действуют на основании утвержденных положений, их руководители действуют на основании доверенности. Это основополагающие нормы гражданской правосубъектности обособленных структурных подразделений.

Налоговое право под обособленным подразделением организации понимает любое территориально обособленное от нее подразделение, по месту нахождения которого оборудованы стационарные рабочие места (действующие более одного месяца). Признание обособленного подразделения таковым производится независимо от того, отражено или не отражено его создание в учредительных или иных организационно-распорядительных документах организации, и от полномочий, которыми наделяется указанное подразделение. При этом рабочее место считается стационарным, если оно создается на срок более одного месяца. Полагаем, что основными критериями налогового определения подраз-

деления как обособленного является его территориальная отдаленность от места нахождения организации, наличие там рабочих мест и срок, на который оно создается.

Трудовое право также не дает полного определения обособленного структурного подразделения, но содержит их открытый перечень – филиал, представительство и иное обособленное структурное подразделение. Понимание анализируемого термина конкретнее, чем определение налогового права – трудовое право, предполагает наличие, как минимум, руководителя обособленного структурного подразделения.

Тем не менее правоприменительная практика полна примеров обособленных структурных подразделений, не являющихся ни филиалом, ни представительством. Это, например, отделы территориальных органов Федеральной регистрационной службы по субъекту РФ, структурные подразделения и временные целевые подразделения ФМС РФ и т.п. Проанализировав нормативный правовой массив и правоприменительную практику, приходим к выводу, что под «иным обособленным структурным подразделением» понимаются структурные подразделения, созданные в соответствии с учредительными или иными организационно-распорядительными документами юридического лица, имеющие руководителя, как правило, расположенные вне места его нахождения и осуществляющие все или часть функций юридического лица. В данном случае критерием отграничения обособленного структурного подразделения от структурного подразделения юридического лица (цеха, отдела и т.п.) будет наличие или отсутствие функций юридического лица. Таким образом, перечень обособленных структурных подразделений по ТК РФ шире, чем по ГК РФ. Различие объяснимо, иные, в понимании ТК РФ, обособленные структурные подразделения не осуществляют самостоятельной хозяйственной деятельности. Такие подразделения, как правило, создаются государственными органами и (или) учреждениями, осуществляющими публичные функции.

Наиболее спорным представляется критерий территориальной обособленности, в принципе исследователями не критикуемый. Однако на практике повсеместно встречается территориальное единство юридического лица и иного обособленного структурного подразделения, а зачастую и филиала. А вот представительства, пожалуй, подпадут под критерий территориальной обособленности.

Вторым серьезным вопросом является правовая регламентация труда руководителя обособленного структурного подразделения (далее – подразделение). Особенностью деятельности любого подразделения является выполнение функций (всех или части) юридического лица в гражданском обороте от его имени. Гражданским правом деятельность

руководителя сводится к представительству на основании и в рамках выданной доверенности и представляет само юридическое лицо в гражданско-правовых отношениях. Тогда как в соответствии с трудовыми нормами с руководителем должен быть заключен трудовой договор, определена его трудовая функция, права и обязанности. Гражданско-правовой и трудо-правовой статус руководителя подразделения в части функций, наличия прав и обязанностей должны совпадать, возникать и прекращаться одновременно. В противном случае его действия могут быть признаны совершенными неуполномоченным лицом.

На практике заинтересованные субъекты хозяйственного оборота требуют подтверждения этого статуса (предоставить доверенность и приказ о назначении руководителя подразделения). Прекращение трудовых отношений с руководителем структурного подразделения должно, соответственно, повлечь за собой прекращение доверенности. Однако такого основания, как прекращение правового статуса (полномочия, прав и обязанностей) лица, ст. 188 ГК РФ не предусматривает (является императивной). В данном аспекте просматриваются некоторые пробелы в правовом регулировании представительства

Так, если трудовое право предусматривает наличие условности в определении срока действия трудового договора, например, наличие объема работы, замещение временно отсутствующего работника, то гражданское право данных положений не содержит. Можно прийти к выводу, что доверенность, выданная лицу как руководителю структурного подразделения на определенный срок, будет действовать в течение срока, указанного в доверенности, все остальные доверенности, выданные в порядке передоверия, также сохраняют свою юридическую силу. Это может привести к серьезным злоупотреблениям правом. Считаю, что ст. 188 ГК РФ нужно дополнить еще одним основанием прекращения доверенности – утраты лицом правового статуса, дающее основание для выдачи доверенности (или, как минимум, сформировать закрытый перечень таких оснований – прекращение деятельности в качестве руководителя обособленного структурного подразделения).

Еще одним практическим аспектом в регламентации трудовой деятельности руководителя подразделения является дальнейшая передача полномочий другим работникам подразделения. Традиционной для трудового права является система локальных нормативных актов о распределении трудовых прав и обязанностей – положений, должностных инструкций, функциональных обязанностей, утверждаемых приказом руководителя организации с учетом мотивированного мнения выборного органа первичной профсоюзной организации. А в случае отсутствия таких актов временное замещение производится через приказ, причем

замещающее лицо полностью выполняет функции, возложенные на руководителя. В правоприменительной практике контролирующие органы требуют не только представления документов, подтверждающих трудовую статус данного руководителя, но и предъявления доверенности. Деятельность руководителя структурного подразделения в части реализации его трудо-правовой деятельности также ограничена выданной ему доверенностью – одновременно с локальной регламентацией необходимо оформлять доверенности в порядке передоверия на часть передаваемых полномочий, в противном случае работник, наделенный трудовыми правами и обязанностями, будет неправомочен их выполнять. Это неоспоримо применительно к реализации прав и обязанностей, связанных с деятельностью подразделения в хозяйственном обороте. Что касается надлежащим образом оформленных трудовых прав и обязанностей, не связанных с хозяйственным оборотом, то отсутствие доверенности не влечет за собой их недействительности.

V. УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ

Л.В. Боровых

Пермский государственный университет

РАЗРЕШИТЕЛЬНЫЕ РЕЖИМЫ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НЕЗАКОННОЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВО

Гражданский кодекс РФ предусматривает, что предпринимательская деятельность – это самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. То есть для законной предпринимательской деятельности требуется ее государственная регистрация (ст.51 ГК РФ).

Кроме того, для осуществления некоторых видов предпринимательской деятельности гражданским законодательством предусмотрена процедура лицензирования. Так, в ст.49 ГК РФ указано, что «отдельными видами деятельности, перечень которых определяется законом, юридическое лицо может заниматься только на основании специального разрешения (лицензии). К лицензируемым видам деятельности относятся те, осуществление которых может повлечь за собой причинение, в частности, ущерба правам, законным интересам, здоровью граждан, обороне и безопасности государства.

Соблюдение этих требований гражданского законодательства гарантированы ст.171 УК РФ, предусматривающей уголовную ответственность за осуществление предпринимательской деятельности без регистрации ... лицензии в случаях, когда такая лицензия обязательна. Эта норма уголовного закона призвана обеспечивать законный порядок осуществления предпринимательской деятельности, защищать интересы потребителей и контрагентов, которые должны быть уверены в том, что работы и услуги оказываются субъектом, легально осуществляющим предпринимательскую деятельность.

© Боровых Л.В., 2010

Однако уголовное законодательство устанавливает ответственность за несоблюдение одного из видов разрешительных режимов предпринимательской деятельности-процедуры лицензирования, хотя государство все чаще отказывается от нее, как условия осуществления предпринимательской деятельности. Вместе с тем законодатель предъявляет к субъектам предпринимательской деятельности специальные дополнительные требования и условия, выполнение которых обязательно для занятия предпринимательством в отдельных сферах.

Так, в частности, процедура лицензирования стала необязательной для осуществления туроператорской деятельности, т.е. деятельности по формированию, продвижению и реализации туристического продукта (комплекса услуг по перевозке и размещению клиентов). Исключив процедуру лицензирования, государство тем не менее установило дополнительные требования к осуществлению этой деятельности. Согласно ст.4.1 Федерального закона «Об основах туристической деятельности в Российской Федерации» от 21.11.1996 г. (в редакции 27.12.2009 г.) к туроператорской деятельности допускаются юридические лица при наличии у них договора страхования гражданской ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору или банковской гарантии исполнения обязательств по договору реализации туристического продукта. Несоблюдение этих требований влечет за собой исключение туроператора из реестра и невозможность продолжения этой деятельности.

Однако никаких правовых гарантий, обеспечивающих эти требования закона в случае их нарушения, на сегодняшний день нет. Как в административном праве (ст.14.1 КоАП РФ), так и в уголовном, ответственность установлена только за занятие предпринимательской деятельностью без лицензии. Нарушение иных разрешительных режимов не влечет уголовной ответственности.

Подобная ситуация складывается и на строительном рынке. Так, согласно ч.2 ст.52 Градостроительного кодекса РФ (в ред.22.07.2008г.) работы по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объектов капитального строительства, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства, должны выполняться только индивидуальными предпринимателями или юридическими лицами, имеющими выданные саморегулируемой организацией свидетельства о допуске к таким видам работ, что так же является иным разрешительным режимом, отличным от процедуры лицензирования. Поэтому в случае несоблюдения этих требований получения свидетельства

о допуске отсутствуют уголовно-правовые способы защиты нарушенных прав граждан, организаций-партнеров и государства.

Таким образом, законодатель, не меняя норму уголовного закона, существенно сужает сферу ее применения, что ограничивает возможности защиты интересов граждан и организации в случае причинения им крупного ущерба от деятельности субъектов, не прошедших специальных разрешительных процедур, установленных федеральным законодательством.

С учетом последних изменений, внесенных в Уголовный Кодекс Федеральным законом от 26.03.2010г. в ст.171 УК РФ, применение норм уголовного права в случаях, когда государство предусматривает иной, отличный от лицензирования разрешительный режим осуществления предпринимательской деятельности, стало абсолютно невозможным. Прежняя редакция ст.171 УК РФ допускала уголовную ответственность за занятие предпринимательской деятельностью без специального разрешения (лицензии). К специальному разрешению могли быть отнесены требования о страховании, банковской гарантии, финансовом обеспечении, свидетельство саморегулируемой строительной организации о допуске к строительным работам. Новая же редакция ст.171 УК РФ устанавливает уголовную ответственность за предпринимательскую деятельность только без лицензии.

Такая позиция законодателя представляется спорной, так как выводя, эти виды деятельности из процедуры лицензирования, государство тем не менее осознает, что и туроператорская, и строительная деятельности способны причинить вред законным интересам граждан и предусматривает иные разрешительные процедуры. Следовательно, несоблюдение этих процедур и требований законодательства должны, при определенных условиях, повлечь уголовную ответственность.

Для преодоления пробелов в применении ст.171 УК РФ представляется достаточным предусмотреть ответственность в этой статье за занятие предпринимательской деятельностью без специального разрешения в зависимости от вида разрешительного режима при условиях причинения крупного ущерба или извлечения крупного дохода, как это предусмотрено действующей редакцией статьи.

И.В.Ильин

*Всероссийский научно-исследовательский институт
Министерства внутренних дел РФ*

КОРРУПЦИОННЫЕ ОТТЕНКИ МОШЕННИЧЕСТВА, СОВЕРШАЕМОГО В ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СФЕРЕ

В условиях развития экономики нашей страны, обострения социально-экономической обстановки, роста экономического мошенничества, а также его постоянного видоизменения в качественном виде изучение причин и условий экономического мошенничества является особенно актуальным.

Всесторонний анализ причинного комплекса экономического мошенничества, генезиса этого явления позволяет сделать вывод о том, что среди факторов, порождающих это явление, присутствуют детерминанты коррупционного характера.

Следует заметить, что на доктринальном уровне сформулировано множество определений коррупции.

Сторонники узкой трактовки данного понятия считают, что коррупция – это ситуация, когда должностное лицо принимает противоправное решение (иногда решение, морально неприемлемое для общественного мнения), из которого извлекает выгоду некоторая вторая сторона (например, фирма, обеспечивающая себе благодаря этому решению государственный заказ вопреки установленной процедуре), а само должностное лицо получает незаконное вознаграждение от этой стороны. Характерные признаки данной ситуации: принимается решение, нарушающее закон или неписанные общественные нормы, обе стороны действуют по обоюдному согласию, обе стороны получают незаконные выгоды и преимущества, обе стараются скрыть свои действия¹.

Другие ученые предпочитают трактовать коррупцию более широко и ее ядром считают должностное злоупотребление. В документах международного права также содержится определение коррупции и расширенный круг субъектов правонарушений, связанных с коррупцией. Например, по определению междисциплинарной группы по коррупции Совета Европы, коррупция представляет собой взяточничество и любое другое поведение лиц, которым поручено выполнение определенных обязанностей в государственном или частном секторе и которое

ведет к нарушению обязанностей, возложенных на них по статусу государственного должностного лица, частного сотрудника, независимого агента или иного рода отношений, и имеет целью получение любых незаконных выгод для себя и других².

Федеральный закон от 25.12.2008 №273-ФЗ «О противодействии коррупции» (ч. 1, ст. 1)³ понимает под коррупцией злоупотребление служебным положением, дачу взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами, а также совершение перечисленных деяний от имени или в интересах юридического лица.

Мошенничество, совершаемое в экономической сфере, находится с коррупционными проявлениями в очень тесной связи. При этом необходимо заметить, что данная связь носит двусторонний (бинарный) характер.

С одной стороны, коррупционные проявления являются обстоятельством, способствующим совершению экономического мошенничества. Этот тезис подтвердил даже законодатель, установив в качестве квалифицирующего признака ст. 159 Уголовного кодекса РФ – «совершение мошенничества лицом с использованием своего служебного положения».

С другой стороны, мошенничество, обладая высокой степенью самодетерминации, не может совершаться без ряда вспомогательных преступлений. Целью этих деяний является обеспечить совершение основного преступления – мошенничества. Одним из видов таких проявлений являются преступления коррупционной направленности.

Так, в Нижегородской области две организованные преступные группы с признаками организованного преступного сообщества, участники которых с использованием коррупционных связей в подразделениях ИФНС, путем мошенничества, под видом возмещения НДС и прикрытием реквизитов различных коммерческих структур, занимались хищением бюджетных денежных средств.

Установлено, что деятельность ОПГ осуществлялась при непосредственном участии бывших сотрудников налоговых органов (находящихся в должностях на момент совершения преступлений): начальника ИФНС по Приокскому району г. Нижнего Новгорода С.В. Стулова

и заместителя начальника ИФНС по Приокскому району г. Нижнего Новгорода Н.П. Аверьянова.

По предварительным данным бюджету причинен ущерб на сумму свыше 100 млн руб.

Анализ причинного комплекса этого преступления позволяет сделать вывод о том, что это преступление не могло быть совершено без содействия работников налогового органа, которые принимали непосредственное решение о возмещении НДС. При этом злоумышленники сознательно предъявляли к возмещению разовые суммы, не превышающие 1 млн руб., поскольку решение о возмещении НДС на большую сумму находится в компетенции областного налогового органа, с которым у мошенников коррупционных связей не было.

Кроме этого, к коррупционным моментам в проблеме мошенничества, совершаемого в экономической сфере, следует отнести злоупотребления сотрудников правоохранительных органов, которые проявляются в непринятии соответствующих мер к расследованию мошенничества.

Как известно, некоторые сотрудники милиции отказываются совершать расследование мошенничества без «дополнительной оплаты» своей работы со стороны потерпевшего. На заявления о совершении в отношении жертв мошенничества очень часто выносятся постановления об отказе в возбуждении уголовных дел с мотивировкой «отсутствует состав преступления, потому что между участниками существуют гражданские правоотношения».

Присутствуют также случаи, когда злоумышленники сами подкупают сотрудников милиции с целью прекращения разбирательства по делу.

Все эти обстоятельства подрывают основные функции уголовного права: общая и частная превенция и неотвратимость наказания, т.е. мошенники чувствуют себя безнаказанными и продолжают совершать все новые и новые преступления.

¹ Александров С.Г. Юридическая дефиниция «коррупция»: понятие, особенности методологического познания // История государства и права. 2007. №11.

² Тихомиров Ю.А., Трикоз Е.Н. Право против коррупции // Журнал российского права. 2007. №5.

³ Российская газета. 30.12.2008

КОММЕРЧЕСКИЙ ПОДКУП (СТ. 204 УК РФ)

Общественная опасность коммерческого подкупа заключается не только в том, что управленец получает незаконное вознаграждение, но и в том, что подкуп нарушает нормальную работу организации, ее деятельность осуществляется не в соответствии с ее интересами, а тем, кто «больше даст», и в результате нередко причиняется вред законным интересам не только коммерческой организации, но и государства, других организаций и граждан. Специфика общественной опасности коммерческого подкупа выражается в противоправном способе воздействия на управленческие процессы, на мотивацию лица, выполняющего управленческие функции в коммерческой или иной организации, при принятии решения в ходе реализации им служебных полномочий.

Общественная опасность коммерческого подкупа в современных условиях России очевидна, однако привлечение к уголовной ответственности за это преступление осложняется не только высоким уровнем латентности, но и рядом проблем как материально-правового, так и процессуального толка». Зарубежное законодательство имеет значительно богатый опыт противодействия этому виду преступлений, хотя в ряде стран данный состав преступлений обозначается по-иному.

Накопленный опыт противодействия этому составу преступлений дает сравнительно полную характеристику и тенденцию к увеличению. По данным В. Мазейна и П. Елисова, динамика коммерческого подкупа за 1997-2004 гг. в России представляет собой следующую цифровую характеристику: 1997 г. – 470; 1998 – 974; 1999 – 1236; 2000 – 2146; 2001 – 2542; 2002 – 2780; 2003 – 2495; 2004 – 2020 преступлений. К сожалению, в последующий период уголовная статистика недоступна.

В ст. 204 УК содержится два самостоятельных и тождественных преступления:

1. Незаконная передача лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческой или иной организации, денег, ценных бумаг, иного имущества, а равно незаконное оказание ему услуг имущественного характера за совершение действий (бездействия) в интересах дающего в связи с занимаемым этим лицом служебным положением;

2. Незаконное получение лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, денег, ценных бумаг, иного имущества, а равно незаконное пользование услугами имущественного характера за совершение действий (бездействия) в интересах дающего в связи с занимаемым этим лицом служебным положением отнесено законодателем к преступлениям небольшой тяжести, а их квалифицированные составы (ч.2 и 4) – к преступлениям средней тяжести.

Коммерческий подкуп заключается между двумя лицами: одно из них гражданин или представитель организации, заинтересованный в решении каких-то вопросов в коммерческой или иной организации; второе – работник последнего вида организации, наделенный управленческими функциями, и в силу этого имеет возможность удовлетворить соответствующий интерес. Сущность сделки заключается в том, что первое лицо передает, а второе получает незаконное вознаграждение за совершение действий (бездействие) служебного характера.

Непосредственный объект – нормальное функционирование управленческого аппарата коммерческих организаций различных форм собственности, а также некоммерческих организаций, не относящихся к числу государственных, муниципальных, на основе учредительных документов и законодательства России.

Объективная сторона характеризуется активными незаконными действиями:

1) по части первой: незаконной передачи лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческой или иной организации, денег, ценных бумаг, иного имущества, а равно незаконное оказание ему услуг имущественного характера за совершение действий (бездействия) в интересах дающего в связи с занимаемым этим лицом служебным положением;

2) по части второй: незаконном получении лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, денег, ценных бумаг, иного имущества, а равно незаконное пользование услугами имущественного характера за совершение действий (бездействия) в интересах дающего в связи с занимаемым этим лицом служебным положением.

По своей конструкции состав преступления – формальный. Он окончен с момента принятия хотя бы части незаконного вознаграждения или части услуг имущественного характера. Незавершенную попытку вручения незаконного вознаграждения следует рассматривать как покушение на совершение коммерческого подкупа с применением правил ст. 30 УК. За передачу подкупа ответственности подлежит любое лицо, а за получение – только лицо, выполняющее управленческие функции в

коммерческой или иной организации, признаки которого изложены в примечании к ст. 201 УК.

Субъективная сторона коммерческого подкупа характеризуется прямым умыслом и специальной целью – побудить лицо, обладающее служебным положением, совершить в интересах дающего действия либо отказаться от выполнения возложенных на него обязанностей управленческого характера или иных обязанностей, связанных с выполнением управленческих функций.

Субъект преступления – по ч. 1 и 2: физическое, вменяемое лицо, достигшее 16-летнего возраста (дающий незаконное вознаграждение), а по ч.3 и 4: специальный субъект – лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации.

Квалифицированный состав по ч.2 ст. 204 УК – совершение деяния группой лиц по предварительному сговору или организованной группой.

Квалифицированные составы по ч.4 деяния, совершенные:

- группой лиц по предварительному сговору или организованной группой;
- сопряженные с вымогательством.

Л.В. Предеина

Курганский государственный университет

СОСТОЯНИЕ И ДИНАМИКА ПРЕСТУПНОСТИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ В СОВЕТСКОМ СОЮЗЕ В КОНЦЕ XX ВЕКА В ПЕРИОД «РАЗВИТОГО СО- ЦИАЛИЗМА»

Уголовная политика государства на рубеже 1980-х гг. в отношении несовершеннолетних была направлена, прежде всего, на их исправление и перевоспитание. Около 50% подростков, совершивших преступления, не привлекаются к уголовной ответственности или освобождаются от неё. Судом или комиссиями по делам несовершеннолетних к ним применяются принудительные меры воспитательного характера, при этом решающее значение имеют анализ личности несовершеннолетнего обвиняемого и возможность исправления подростка мерами общественного характера.

© Предеина Л.В., 2010

Количество зарегистрированных преступлений, совершенных подростками, как в СССР, так и в РСФСР стало снижаться: соответственно с 138257 в 1980 г. до 128882 в 1982 г. и с 97751 до 91311¹.

С 1964 по 1982 г. страной руководил Л.И. Брежнев. Для стиля его правления был характерен консерватизм, основную долю ресурсов поглощал военно-промышленный комплекс, остро стояли проблемы роста смертности и массовой алкоголизации населения. За годами правления Брежнева утвердилось определение «Эпоха Застоя». За период 1965–1974 гг. снизилась с 7,2 до 6,7% доля тяжких преступлений; уменьшился с 13,6 до 11,5% удельный вес грабежей и разбоев, совершаемых несовершеннолетними; с 68,4 до 61,6% сократилась доля краж имущества и хулиганств. Количество зарегистрированных подростковых преступлений в СССР выросло с 1964 г. по 1981 г. с 70524 до 134692, т.е. на 91%, коэффициент преступности вырос на 73,7%. Удельный вес преступности несовершеннолетних оставался на уровне 10–11%².

3 июня 1967 г. Указом ПВС СССР утверждено Положение о комиссии по делам несовершеннолетних, на которую возлагалась организация, координация деятельности государственных органов и общественных организаций по предупреждению безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних, рассмотрению дел о правонарушениях подростков и т.д. Осуществлялся контроль за поведением несовершеннолетних, подвергнутых мерам принудительного воздействия, осужденных к наказаниям, не связанным с лишением свободы, условно осужденных и условно-досрочно освобожденных от наказания³.

УК РСФСР 1960 г. исключал из компетенции судов рассмотрение общественно опасных деяний лиц в возрасте от 12 до 14 лет и сократил перечень преступлений, за которые уголовная ответственность наступала с 14 до 16 лет. Было две формы реализации уголовной ответственности несовершеннолетних: 1) назначение наказания и 2) меры воспитательного характера. Был сокращен максимальный размер испытательного срока с 10 до 5 лет при условном осуждении, основанием приведения приговора в исполнение является совершение условно осужденным нового умышленного преступления.

В указанный период отмечались следующие причины совершения подростками преступлений: а) отрицательное влияние в семье, б) дурной пример или «разлагающее» влияние в бытовом окружении, а равно по месту учебы и работы, в) подстрекательство со стороны взрослых преступников, г) отрицательное влияние книг и кинофильмов, пропагандирующих похождения уголовных преступников, злоупотребляющих сценами жестокости и насилия, д) длительное отсутствие определенных занятий у несовершеннолетних, оставивших учебу, е) стечение

обстоятельств, обуславливающих неправильную реакцию несовершеннолетних на сложившуюся ситуацию⁴.

В 1977 г. в УК РСФСР было внесено дополнение (ст. 46-1) к лицам, впервые совершившим преступление (применялась отсрочка исполнения приговора). Суд мог применить в отношении подростков, совершивших менее тяжкие преступления: условное осуждение, отсрочку исполнения приговора, условно-досрочное освобождение или замену наказания более мягким видом. При назначении наказания впервые осуждаемому к лишению свободы до 3 лет, с учетом характера и степени общественной опасности преступления, личности и иных обстоятельств дела, возможности его исправления без изоляции от общества, исполнение приговора могло быть отсрочено от 6 месяцев до 2 лет.

В 1977 г. была принята Конституция СССР, ставшая последней в истории советского государства. Официальной идеологией был объявлен научный коммунизм и марксистско-ленинское учение, а конечной целью общественного развития – построение коммунистического бесклассового общества. Провозглашалась социальная однородность, укрепление морально-политического единства социальных групп и слоев общества, становление советского народа как новой исторической общности людей.

В период с 1982 по 1985 г. страной руководили Ю.В. Андропов, а затем К.У. Черненко. За год пребывания К.У. Черненко на должности генсека КПСС ему удалось обозначить возвращение к брежневской эпохе застоя в экономике, идеологии и общественной жизни. Резко возросла детская преступность на 25–30% и за 1985 г. составила: в СССР – 167630, а в РСФСР – 113289. При этом коэффициент преступности составил: СССР – в 1980 г. – 777, а в 1985г. – 1017, в РСФСР соответственно: 1170 и 1609⁵.

Учеными в данный период времени отмечалось, что дефекты правосознания, характерные для преступников молодого и несовершеннолетнего возраста, производны от микросреды и их возрастной особенностью является «конформность, обуславливающая повышенную по сравнению с лицами зрелого возраста восприимчивость подростков и молодых людей к влиянию (как позитивному, так и негативному) их ближайшего окружения (семьи, близких друзей, сверстников)»⁶. Это был период развитого социализма (или застоя).

В период с 1985 по 1990 г. был принят ряд международно-правовых актов в отношении несовершеннолетних правонарушителей: Минимальные стандартные правила ООН, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила, 1985), Руководящие принципы ООН для предупреждения преступности

среди несовершеннолетних (1990), Правила ООН, касающиеся защиты несовершеннолетних, лишенных свободы (1990) и др.

Как отмечает В.М. Волошин: «Однако достигнутые законодательной практикой успехи не сопровождались, к сожалению, развитием позитивных тенденций в динамике преступности несовершеннолетних. Данные, относящиеся к 60–70-х гг., сигнализировали о росте преступности несовершеннолетних, доля которой колебалась от 3–4 до 9–10%. В 70-х гг. в большинстве регионов страны их доля составила 8–10%, в 1989 г. – 11,1%»⁷.

Для советского периода характерен постоянный, плановый характер любой работы, проникнутый политическим и идеологическим смыслом, в том числе и по предупреждению правонарушений несовершеннолетних. Были охвачены все направления социализации несовершеннолетних: правовые, идеологические, патриотические, воспитательные, образовательные, моральные, спортивные и др.

С 1985 по 1991 г. СССР руководил М.С. Горбачев. После 1985 г. реформирование политического, государственного и экономического устройства СССР, вызвало распад государства, кризис всех сфер жизнедеятельности, что привело и к самопроизвольному распаду системы предупреждения подростковых правонарушений. Этот период получил название перестройки с социально-экономической и политической нестабильностью. С середины 80-х гг. повысился уровень «пьяной» преступности: большинство преступлений совершалось с целью добыть средства на приобретение спиртных напитков, почти каждое второе преступление – в нетрезвом состоянии. Употребление спиртных напитков в СССР стало практически будничным явлением: число пьющих среди молодежи – 95%, при этом 32% будущих пьяниц и алкоголиков приобщалось к спиртному в возрасте до 10 лет, а 64% – от 11 до 15 лет⁸.

До середины 80-х гг. характерным местом совершения преступлений подростками являлся район их жительства, учебы, работы. Около половины преступлений совершается несовершеннолетними после 22 ч. Их удельный вес в общей структуре преступности снизился с 30% в 1970 г. до 11% в период 1986–1990 гг., т.е. почти в три раза. Однако начиная с 1991 г. по этим видам преступлений вновь наметился рост. В 1992 г. по сравнению с 1991 г. увеличилось число несовершеннолетних, совершивших: умышленные убийства – на 15,8%, кражи имущества – на 31%, грабежи с целью завладения государственным или общественным имуществом – на 59,5%, грабежи с целью завладения личным имуществом граждан – на 40,4%⁹.

В 90-е гг. в стране вновь произошел всплеск беспризорности и правонарушений несовершеннолетних. В 1987 г. уровень преступности

несовершеннолетних в расчете на 100 тыс. населения в возрасте 14-17 лет составил 1510. При последующем приросте уровня преступности в 1993 г. он достиг 2636,6 на 100 тыс. населения соответствующей возрастной группы, т.е. за 6 лет увеличился в 1,7 раза. Число зарегистрированных преступлений, совершенных несовершеннолетними или с их участием в РСФСР следующие: 1987 г. – 116 149 преступлений, 1993 г. – 225 740 преступлений¹⁰.

20 ноября 1989 г. 44 сессия Генеральной Ассамблеи приняла Конвенцию о правах ребенка, которая 13 июня 1990 г. Верховным Советом СССР ратифицирована. Ее суть – обеспечение прав детей на достойную жизнь, образование, развитие, доступ к услугам здравоохранения.

В период 1988–1991 гг. усугубился кризис в стране, увеличился товарный дефицит; впервые (после 1947 г.) была введена карточная система. 18 августа 1991 г. частью руководства СССР была предпринята попытка спасения советского государственного строя («Августовский путч»). Его целью была отмена демократических преобразований 1990–1991 гг. и предотвращение распада страны. 21 августа ГКЧП ввиду массовых акций протеста отдал приказ о выводе войск из Москвы, что означало провал путча. В последующие дни ряд союзных республик провозгласили независимость, что предрешило судьбу СССР. 8 декабря 1991 г. главы России, Украины и Белоруссии подписали Соглашение о создании Содружества Независимых Государств (Беловежское соглашение), в котором три республики, «как государства-учредители Союза ССР, подписавшие Союзный Договор 1922 года», констатировали, что «Союз ССР как субъект международного права и геополитическая реальность прекращает своё существование». В сравнении с СССР территория Российской Федерации стала меньше на 24% (с 22,4 до 17 млн км²), а население меньше на 49% (с 290 до 148 млн чел.).

¹ Преступность и правонарушения в ССР: статистический сборник, 1989. М.: Юрид. лит., 1990. С. 33.

² Там же.

³ Игошев К.Е., Шмаров И.В. Социальные аспекты предупреждения правонарушений (проблемы социального контроля). М.: Юрид. лит., 1980. С. 146.

⁴ Миньковский Г.М. Криминология. Изд. 2-е, ис. и доп. М.: Юрид. лит., 1968. С. 344–347.

⁵ Там же. С. 34.

⁶ Пристанская О.В. Правосознание лиц, совершающих преступления в несовершеннолетнем и молодом возрасте // Криминологические проблемы правосознания и общественного мнения о преступности: Сборник научных трудов. М., 1986. С. 198.

⁷ Волошин В.М. Уголовно-правовая политика России в отношении несовершеннолетних правонарушителей и роль ответственности в её реализации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008.

⁸ Лановенко И.П., Светлов А.Я., Скибицкий В.В. Пьянство и преступность: история, проблемы / отв. ред. И.П. Лановенко. Киев: Наук. думка. 1989, с. 6.

⁹ Криминология: учебник / под ред. В.Н. Кудрявцева, В.Е. Эминова. М.: Юрист, 1997. 512 с.

¹⁰ Гилинский Я. Преступность несовершеннолетних в России // Альманах «Неволя». 2005, №3.

С.А. Рожков

Пермский государственный университет

УСЛОВНО-ДОСРОЧНОЕ ОСВОБОЖДЕНИЕ: НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Институт условно-досрочного освобождения предусмотрен ст. 79 Уголовного кодекса Российской Федерации. В России этот вид освобождения был введен в 1890 г.

Условно-досрочное освобождение от наказания законодатель относит к факультативному виду.

В зависимости от возможности отмены все виды освобождения от наказания, в свою очередь, принято делить на условные (статьи 73, 79, 93, 82, 85, 92 УК РФ) и безусловные (статьи 80, 80¹, 81, 83, 84, 85, ч. 2 ст. 92 УК РФ).

Условный характер условно-досрочного освобождения от наказания заключается в возможности отмены судом данного института вследствие несоблюдения обязанностей, возложенных на осужденного в рамках ч. 5 ст. 73 УК РФ, либо по основаниям, указанным в п. «а» и «б» ч. 7 ст. 79 УК РФ. В этих случаях оставшаяся не отбытой часть наказания по решению суда подлежит исполнению.

Следует отметить, что в теории уголовного права выделяют три факультативных и одно обязательное основание к отмене условно-досрочного освобождения.

К факультативным основаниям необходимо отнести такие, как нарушение осужденным общественного порядка, за которое он понёс

административное взыскание, злостное уклонение осужденного от исполнения обязанностей, возложенных на него судом, а также совершение неосторожного преступления.

Совершение условно-досрочно освобожденным умышленного преступления в течение не отбытой части наказания является обязательным для суда основанием для отмены условно-досрочного освобождения.

Уголовный закон к объективным условиям применения института условно-досрочного освобождения относит отбывание определенного вида наказания (ч.1 ст. 79, ч.1 ст.93 УК РФ) и фактическое отбытие осужденным установленной части 3 - 5 ст. 79, ст. 93 УК РФ минимума наказания в зависимости от категории совершённого преступления.

В качестве субъективного условия условно-досрочного освобождения законодатель установил вывод суда о том, что для своего исправления осужденный не нуждается в полном отбывании назначенного наказания. В практике единственным основанием отказа в освобождении при соблюдении объективных условий является наличие дисциплинарных взысканий на момент рассмотрения дела в суде.

За последнее время наблюдается тенденция к росту численности осужденных, освобождаемых условно-досрочно. Так, только за два года число таких лиц составило почти 55% числа всех освобождённых из исправительных учреждений, а ежегодно из исправительных учреждений условно-досрочно освобождается свыше 100 тыс. осужденных.

Численность же условно-досрочно освобождённых из исправительных колоний общего режима среди всех освобожденных составляет более чем 53%, из колоний строгого режима – 26%, около 8% освобождается из колоний – поселений, а из воспитательных колоний более чем 71% таких лиц. Приведенная статистика свидетельствует не об исправлении, а скорее о приспособлении осуждённых в результате проведённой либерализации уголовного законодательства, в том числе и института условно-досрочного освобождения. Причем увеличивается число лиц, ранее условно-досрочно освобождавшихся, приговорённых к длительным срокам лишения свободы, в результате наблюдается рост уровня рецидива во время условного срока. Так, по данным МВД Чувашской Республики число лиц, совершивших в период не отбытой части наказания новые преступления, увеличилось в 6 раз, а в Пермском крае количество преступлений, совершенных лицами после условно-досрочного освобождения, увеличилось с 3,3% до 9,2% и продолжает расти.

Такая ситуация диктует необходимость корректировки редакции ст. 79 УК РФ, поскольку уголовный закон практически обязывает судью удовлетворить ходатайство об условно-досрочном освобождении при выполнении требования об отбытии определенной части наказания, указанной в законе.

Исходя из сказанного и в целях совершенствования уголовного и уголовно-исполнительного законодательства и повышения эффективности правоприменительной практики в части, касающейся института условно-досрочного освобождения следует:

1. В ч. 1 ст. 79 УК РФ слова «подлежит условно-досрочному освобождению» заменить словами «может быть условно-досрочно освобождено».

2. В ч. 2 ст. 79 УК РФ слова «суд может возложить» заменить словами «суд возлагает», как это указано в части 5 ст. 73 УК РФ.

3. В ч. 3 ст. 79 УК РФ пересмотреть сроки фактического отбытия осужденному, претендующему на условно-досрочное освобождение, установив не менее 1/3 срока наказания – за преступление небольшой тяжести; не менее 1/2 срока наказания – за преступления средней тяжести; не менее 2/3 срока наказания – за тяжкие преступления и не менее 3/4 срока наказания – за особо тяжкие преступления.

4. Ввести отдельной нормой (например, ст. 79¹ УК РФ) запрет на применение института условно-досрочного освобождения в отношении осужденных за некоторые насильственные особо тяжкие преступления против личности, повлекшие особо тяжкие последствия, а также за преступления против половой неприкосновенности несовершеннолетних и за преступления, предусмотренные ст. 210 УК РФ. Это правило следует распространить и на лиц, ранее условно-досрочно освобожденных, если условно-досрочное освобождение было отменено по основаниям предусмотренной ч. 7 ст. 79 УК РФ; на лиц, совершивших преступление при опасном и особо опасном рецидиве и т. д.

5. Учитывая, что правовая основа условно-досрочного освобождения от наказания к пожизненному лишению свободы в том виде, в каком она закреплена в настоящее время в Уголовном кодексе РФ, и с учетом того, что Конституционным Судом РФ приостановлено вынесение смертных приговоров, явно не способствует сокращению убийств, а наоборот, позволяет преступнику совершать их, в том числе и серийно, при этом убийца имеет в виду, что ему сохранят жизнь, а через 25 лет он освободится условно-досрочно.

По нашему мнению, законодатель в Уголовном кодексе РФ следует закрепить два вида условно-досрочного освобождения от пожизненного лишения свободы, как это имеет место в некоторых зарубежных странах, например в США, а именно: а) с правом условно-досрочного освобождения; б) без права условно-досрочного освобождения.

Более того, в настоящее время пожизненное лишение свободы не соответствует содержанию указанного наказания, поскольку в соответствии с действующим законодательством осужденный может быть освобожден судом условно-досрочно на достаточно льготных основаниях. Так, в соответствии с ч. 5 ст. 79 УК РФ осужденный к пожизненному лишению свободы может быть освобожден после отбытия не менее 25 лет при условии, если он в течение указанного срока не совершит тяжкое или особо тяжкое преступление. Другими словами, совершать преступления небольшой или средней тяжести этому осужденному в указанный период времени не возбраняется.

Кроме того, законодатель по сути закрепил правило, в соответствии с которым лицо, отбывающее пожизненное лишение свободы, в течение первых 22 лет вправе злостно нарушать правила пребывания в камере колонии особого режима, главное, чтобы он не допустил такие нарушения в течение последних 3 лет, причём из этого опять же следует, что в это время не злостные нарушения порядка отбывания наказания он вправе совершать и, несмотря на это, суд может освободить его условно-досрочно от пожизненного лишения свободы.

Поэтому предлагается в ч. 5 ст. 79 УК РФ слова «в течение предшествующих трёх лет» заменить на слова «в течение предшествующих 15 лет», а слова «новое тяжкое или особо тяжкое преступление» заменить словами «новое умышленное преступление» и далее по тексту.

Анализ рассмотренных выше проблем, связанных с правовым регулированием и практикой применения института условно-досрочного освобождения, позволяют сделать вывод о недопустимости законодательного расширения рамок условно-досрочного освобождения от наказания всех категорий осужденных, о недопустимости применения этого института к осужденным, которые сохраняют опасность для общества и способствуют повышению уровня рецидивной, корыстной и насильственной преступности.

Е.С. Третьякова

Академия права и управления (институт))

ФОРМИРОВАНИЕ ОСНОВНЫХ НАПРАВЛЕНИЙ СОТРУДНИЧЕСТВА ГОСУДАРСТВ В УГОЛОВНО- ПРАВОВОЙ СФЕРЕ В XIX – НАЧАЛЕ XX ВВ.

К XIX в. в рамках межгосударственных отношений сложилась мирополитическая система, обладающая определенной целостностью, произошло осознание необходимости совместного решения ряда вопросов с целью наибольшей эффективности деятельности отдельно взятого государства.

Первоначально взаимодействие государств более активно развивалось в сфере гражданского права, которое оформлялось под воздействием торговых отношений, непосредственно явившихся катализатором международного общения. Однако постепенно государства стали взаимодействовать и по иным вопросам. При этом, обратим внимание на тот факт, что сотрудничество развивалось с европейскими государствами, что было обусловлено большей степенью их правовой культуры, отношения же с восточными государствами долгое время ограничивались исключительно интересами торговли, а заключаемые конвенции и трактаты постоянно нарушались и не соблюдались, в результате чего правительству Российской империи приходилось принимать гораздо больше усилий для защиты прав и интересов российских подданных в восточных государствах.

Непосредственное значение для развития межгосударственного сотрудничества по вопросам уголовного права имели и внутригосударственные политические процессы, прежде всего осуществленные в 1864 г. в России преобразования, в результате которых законодательство Российского государства стало соответствовать сформировавшимся к тому времени принципам европейского права, что послужило толчком к активизации процессов взаимодействия европейских государств с Россией, в первую очередь в сфере уголовного права. До указанного периода состояние российской национальной правовой системы не способствовало полному и максимально деятельному сотрудничеству в правовой сфере. В соответствии с новым законодательством стало заключаться большое количество договоров, в том числе в сфере уголовного пра-

ва. Сюда можно отнести конвенции относительно взаимной судебной помощи по гражданским и уголовным делам, что способствовало развитию, как международного, так и внутригосударственного права.

В вопросах уголовной юрисдикции к подданным иностранных держав в Российской империи применялись нормы уголовного и уголовно-процессуального права России. В первую очередь были регламентированы вопросы уголовной юрисдикции иностранцев в России Уложением о наказаниях уголовных и исправительных, Уставом уголовного судопроизводства и некоторыми другими законами. Но многие положения регламентировались международными соглашениями, в первую очередь о взаимной выдаче преступников.

Начиная с 70-х гг. XIX столетия Россия стала заключать специальные соглашения о взаимодействии в уголовно-правовой сфере¹. Что касается специальных конвенций, то они не были достаточно полными и затрагивали только отдельные стороны рассматриваемого вопроса.

Однако большая часть конвенций в рассматриваемый период касалась практически исключительно вопросов выдачи преступников, которые, в свою очередь, наряду со специальными договорами содержали нормы, регулирующие межгосударственное взаимодействие по некоторым вопросам осуществления правосудия по уголовным делам.

Проблема выдачи взаимных подданных в международно-правовой практике обозначенного в работе периода была наиболее разработанным вопросом из области уголовного права, что способствовало его правовой регламентации в национальном законодательстве Российской империи на уровне уголовных законов (Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., его редакции 1885 г., а также Уголовное уложение 1903 г.). Кроме того, в России 15 декабря 1911 г. был принят специальный закон «О выдаче преступников по требованиям иностранных государств»², который подробно регламентировал основания и процедуры выдачи преступников, закрепив на внутригосударственном уровне многие выработанные положения международных трактатов.

Вместе с тем необходимо отметить, что в процессе становления и совершенствования института экстрадиции, как и многих других направлений, большую роль сыграли начавшие активно действовать с начала XX в. международные конгрессы и конференции, которые стали проводиться чаще и становились всё более многочисленными по своему составу. Развитие международного сотрудничества на уровне конгрессов и конференций явилось первоначальной стадией развития международных и межгосударственных организаций, без которых современное международное сообщество представить невозможно.

Таким образом, решались многие вопросы и проблемы, которые не могли или недостаточно эффективно могли решаться на уровне двухсторонних контактов различных государств, а поэтому требовали совместного разрешения общими силами мирового сообщества. Сюда можно отнести в первую очередь работорговлю, борьба с которой началась еще на Венском конгрессе 1815 г. и продолжалась вплоть до конца XIX в.; широко обсуждались актуальные вопросы, связанные с такими видами преступной деятельности, как пиратство, торговля белыми женщинами в целях разврата и защита малолетних и несовершеннолетних в данной области.

Кроме того, в числе организационных форм взаимодействия России с иностранными государствами в сфере уголовного права необходимо особо выделить становление системы научного общения специалистов по вопросам международного права. Данные конгрессы играли большую роль для принятия в последующем конкретных решений, их разработки и являлись научным обоснованием, нося рекомендательный характер. При этом особо отметим создание Института международного права и Ассоциации международного права, а также проведение международных конгрессов по борьбе с торговлей женщинами, съездов Союза уголовного права (союза криминалистов) и пенитенциарных конгрессов.

Таким образом, сотрудничество государств в области взаимного регулирования борьбы с преступностью в XIX – начале XX вв. велось как путем заключения двухсторонних договоров, так и с помощью созыва конгрессов и конференций (как межправительственных, так и неправительственных). Данное сотрудничество осуществлялось параллельно по нескольким направлениям:

- установление правил взаимодействия национальных законодательств государств;
- оказание помощи в розыске скрывающихся на чужой территории преступников и выдача данных лиц заинтересованному государству;
- признание как для отдельных государств, так и для их сообщества опасности определенных уголовных деяний и необходимости применения совместных мер для борьбы с ними. Выработка конкретных мер борьбы с данными деяниями;
- помощь в деле получения необходимых материалов по уголовным делам.

Указанные направления в последующем предопределили основные тенденции развития международного уголовного права.

¹ К таким договорам можно отнести, например, следующие: декларация с Швецией от 20 мая (1 июня) 1870 г. о возмещении издержек свидетелям, вызванным по уголовным делам в пограничные судебные места, декларация с Италией от 21 июня (3 июля) 1874 г. о передаче судебных объявлений и об исполнении судебных поручений, конвенция с Германией от 23 января (4 февраля) 1879 г., дополнительный акт это конвенции 17 (29) августа 1883 г. и др.

² СУ. 1911. 30 марта. №61. Ст. 560.

Н.М. Чудин

Пермский государственный университет

О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ ПРЕПОДАВАНИЯ ДИСЦИПЛИН КРИМИНОЛОГИЧЕСКОГО ЦИКЛА

Оценивая взгляды, излагаемые в научной литературе, в трудах криминологической ассоциации РФ, нетрудно заметить, что вопрос обсуждается весьма интенсивно.

Как абсолютно верно высказался О.В. Старков, создание новой криминологической мысли должно быть основано на соблюдении ряда принципов. Из его позиции следует отметить, прежде всего, – знание истории вопроса и криминологической теории, критическое осмысление узко-проблемных вариантов современных российских и зарубежных концепций, максимальная заземленность при изучении разновидностей преступлений.

Кроме того не следует забывать, что в сегодняшних условиях практически любая дисциплина не может замыкаться в себе и соответствующие исследования должны носить межотраслевой характер, не обязательно только юридический.

Надо помнить, что фактически перестал изучаться специальный тип преступника, чему ранее уделялось достойное внимание. Даже по личности несовершеннолетнего правонарушителя нет сколько-нибудь заметных, достойных работ. Единичны исследования женской преступности, единственно исключение – Кунц Е.В. «Преступность среди женщин в современной России», М.2009. Не исследуется личность вора, хулигана, разбойника, грабителя и т.д.

По такому важному направлению, как коррупция, выступления на уровне В.Н.Лунеева единичны. Названные проблемы заслуживают особого внимания.

Имеющиеся проблемы, безусловно, снижают уровень преподавания, т.к. по существу привычная статичность предмета не дает возможности опережающего уровня информационного обеспечения. Этому может способствовать и недостаточность, однобокость доступных научных материалов, определенная ограниченность подготовки преподавательского состава.

Таким образом, только новейшие исследования могут служить основой преподавания предмета на актуальном уровне.

Например, можно обратиться к получившему известность труду В.С.Овчинского, посвященному главной проблеме криминологии – соотношению социального и биологического в преступном поведении. Тема рассматривается в свете новейших подходов, обусловленных современными биотехнологиями. Анализируются криминологические последствия биотехнологической революции. Материал имеет серьезную международно-правовую базу. Достаточно отметить геноломброзианство, «ноев ковчег» советской криминологии, «недосозданность» человека в криминологии. Интересны позиции о контроле над биотехнологиями.

Особое место принадлежит работам криминологической ассоциации РФ (А.И.Долгова). Самому глубокому анализу подвергнуты проблемы экстремизма и терроризма. По существу, первое явление неразрывно связано с терроризмом, в том числе, даже в деятельности целого ряда официально существующих и известных общественных организаций, чьи довольно неожиданные «инициативы» позволяют отнести эти направления к разряду уголовно наказуемых.

В последних трудах – «Проблемы правового регулирования борьбы с экстремизмом и правоохранительной практики» (А.И.Долгова, А.Я.Гуськов, Е.Г.Чугайнов) раскрываются социально-правовые проблемы экстремизма; даются качественные характеристики экстремизма, сепаратизма и терроризма; рассматривается система правового регулирования.

Хорошо изучены национальные особенности преступности и влияние на нее миграционных процессов. В этом объеме представляют особый интерес следующие вопросы: преступность иностранцев в России и её связь с экономической и этнической напряженностью; криминологическое перемещение людей и миграция; миграционные потоки и тенденции этнической преступности; миграция и экономическая преступность; преступность иностранцев и т.д.

Сложным является вопрос о соотношении криминальной экономики и организованной преступности. Хорошим базовым уголовно-правовым комментарием является работа Н.А.Лопашенко «Преступле-

ния в сфере экономики». М.2006. Однако криминологический подход значительно шире. Он охватывает криминологическую преступность, как часть организованной преступности и посягательства на человека, его права и свободы; выход на коррупционную проблематику; связь с наркобизнесом и т.д. Ситуация определяет необходимость уточнений и интенсификации в сфере определенных стратегических направлений в области борьбы с указанным явлением.

Возникла тема, определяемая как –новые для России преступления и проблемы борьбы с ними. Сюда могут быть отнесены: новые убийства в России; криминологические аспекты защищенности предпринимателей; нарушение авторских и смежных прав и организованная преступность; торговля людьми; процесс легализации преступных доходов и т.д.

Кроме того, заслуживают внимания преступления, связанные с неправомерным доступом в интернет, их квалификация и предупреждение; правовые проблемы борьбы с кибертерроризмом; компьютерные преступления и их роль в развитии этого вида правонарушающего поведения.

Отдельно можно исследовать новые подходы к традиционной преступности в её сегодняшнем развитии.

Внимание заслуживает и предупреждение преступлений с использованием правовых инструментов разных отраслей права.

Весьма профессионально проблемы развития и преподавания криминологии отражены в трудах О.В.Старкова и Г.Н.Горшенкова. Последний, безусловно, правильно замечает, что криминология «никак не может находиться под юрисдикцией другой науки». Достаточно вспомнить историю её формирования. Он выражает комплексный подход к определению статуса криминологии, выделяет следующие структурные единицы и называет их предмет. Эта научная позиция должна изучаться и пропагандироваться. В классификации отмечаются: юридическая криминология; философия преступности; культурология преступности; психология преступности. Автор дает профессиональное раскрытие содержания названных направлений.

О.В. Старков подходит к вопросу с несколько иных позиций. Он называет и выделяет новые криминологические теории, относя к ним следующие: криминология массовых коммуникаций или криминология массмедиа, или коммуникативная криминология; криминальная армалогия или криминология оружия; виктимология; семейная криминология или криминологическая фамилистика; криминопенология или наказательная преступность; теория антиобщественного образа жизни; криминопедагогика. Последняя позиция вызывает особый интерес и имеет

хорошие научные и практические перспективы. Имеются предпосылки выделения других специальных криминологических теорий, находящихся в стадии формирования.

Учитывая данные позиции в преподавании дисциплин криминологического цикла, хотелось бы отметить, что у квалифицированного преподавателя лекция всегда несет в себе значительно большую качественную информацию, чем содержится в учебнике. Учебник ограничен и связан со временем издания, что (в зависимости от авторства) ни в коем случае не умаляет его качественных характеристик. Задача состоит в том, чтобы подать учебно-информационный материал «на острие копья», предоставить студенту возможность правильного профессионального ориентирования в общем объеме имеющихся научных исследований, развить навыки профессионально грамотного решения вопросов, которые будут возникать в его последующей практической деятельности.

В.Г. Шумихин

Пермский государственный университет

СУДЕБНОЕ ТОЛКОВАНИЕ СОВОКУПНОСТИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Действующее уголовное законодательство России выделяет две формы множественности преступлений: совокупность и рецидив. Законодатель начал реконструкцию института множественности преступлений в 2003 г., исключив ст. 16 Уголовного кодекса РФ, регламентировавшую неоднократность преступлений¹. Одновременно было изменено законодательное определение совокупности преступлений. Совокупностью преступлений стало признаваться совершение двух и более преступлений, ни за одно из которых лицо не было осуждено². Совокупность преступлений, таким образом, может образовывать как разнородные, так и однородные и тождественные преступления. Еще одно дополнение в ч. 1 ст. 17 Уголовного кодекса РФ было внесено Федеральным законом РФ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» от 21 июля 2004 г. Законодатель указал, что совокупность преступлений исключается, когда совершение двух и более преступлений предусмотрено статьями Особенной части настоящего кодекса в качестве обстоятельства, влекущего более строгое наказание³.

© Шумихин В.Г., 2010

Данная новелла уточнила отличие совокупности преступлений от составного единичного преступления (например, такого, как разбой с причинением тяжкого вреда здоровью, предусмотренного в п. «в» ч. 4 ст. 162 УК РФ).

В последние годы в практике Верховного Суда РФ сложилось определенное толкование совокупности преступлений, причем на основе последней законодательной новеллы. Суть его выражена в новой редакции п. 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999г. «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)»: в соответствии с положениями ч. 1 ст. 17 УК РФ убийство двух или более лиц, совершенное одновременно или в разное время, не образует совокупности преступлений и подлежит квалификации по п. «а» ч. 2 ст. 105 УК РФ, при условии, что ни за одно из этих убийств, виновный ранее не был осужден⁴. В соответствии с этой рекомендацией начала складываться судебная практика по делам об убийстве⁵.

Данное толкование противоречит положениям уголовного законодательства и основным положениям теории уголовного права. Во-первых, такое толкование совокупности преступлений, с одной стороны, вообще исключает существование продолжаемого преступления, суть которого, заключается в совершении лицом тождественных преступлений, объединенных единым умыслом. С другой стороны, исключает и возможность существования совокупности тождественных преступлений, что прямо противоречит понятию совокупности, сформулированному в ч. 1 ст. 17 УК РФ. Во-вторых, неоправданно широко истолковано Пленумом Верховного Суда РФ указание законодателя: «Совокупность преступлений исключается, когда совершение двух и более преступлений предусмотрено статьями Особенной части настоящего кодекса в качестве обстоятельства, влекущего более строгое наказание». В частности, Пленум считает, что два и более преступления, совершенные лицом, могут быть наряду с разнородными однородными, в том числе тождественными преступлениями. Очевидно, что это не так. Законодатель в данном законодательном положении указал на необходимость отличать совокупность преступлений от составного единичного преступления. Составное единичное преступление – это совершение лицом двух и более разнородных преступлений, предусмотренных статьёй Особенной части Уголовного кодекса РФ в качестве обстоятельства, влекущего более строгое наказание. Таких составных единичных преступлений немало в УК РФ. Например, помимо указанного особо квалифицированного состава разбоя к ним можно отнести: захват за-

ложника, повлекший умышленное причинение смерти человеку (ч. 4 ст. 206 УК РФ); террористический акт, повлекший умышленное причинение смерти человеку (п. «б» ч. 3 ст. 205 УК РФ и квалифицированные и особо квалифицированные составы многих других преступлений.

Соответствующую уголовному закону и теории уголовного права, конечно, следует признать первоначальную редакцию п. 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999г. « О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)»

¹ Федеральный закон Российской Федерации «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» от 8 декабря 2003 г. №162 ФЗ.

² Там же.

³ Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. №30. Ст.3091.

⁴ Постановление №3 Пленума Верховного Суда РФ от 3 апреля 2008 г. «О внесении изменений в постановление Пленума от 27 января 1999 г. «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. №6. С.9.

⁵ См., например: постановление Президиума Верховного Суда РФ от 1 апреля 2009г. №46П09ПР // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. №10. С.29-30.

V. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

Е.Н. Алексеевская

Уральская государственная юридическая академия

ПРОБЛЕМА ПЕРЕСМОТРА СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ В ПОРЯДКЕ НАДЗОРА (ПО СТ. 405 УПК РФ)

После внесения поправок к ст. 405 УПК РФ (в ред. Федерального закона от 14.03.2009 № 39-ФЗ) надзорные инстанции вправе пересматривать обвинительные и оправдательные приговоры по основаниям, которые ухудшают положение осужденного или оправданного. При этом на пересмотр судебных решений отводится один год со дня вступления их в законную силу.

Однако пересмотр в порядке надзора в сторону ухудшения возможен только в исключительных случаях – «если в ходе судебного разбирательства были допущены фундаментальные нарушения уголовно-процессуального закона, повлиявшие на законность приговора, определения или постановления суда».

К данной формулировке статьи законодатель пришел не сразу. Потребовалось более семи лет научно-практических дискуссий для нахождения наиболее оптимального решения вопроса о недопустимости (допустимости) поворота к худшему при пересмотре судебного решения в порядке надзора. Но осталась ли разрешенной в действительности данная проблема?

Итак, ранее действовавший УПК РСФСР 1960 г. предусматривал возможность отмены приговора суда (или иного судебного акта) в случае признания неправильным оправдания подсудимого, назначения осужденному наказания, по своей мягкости не соответствующего содеянному (ст. 380). Такая возможность в соответствии со ст. 373 УПК РСФСР предоставлялась только в течение одного года после вступления судебного акта в законную силу.

Европейский суд по правам человека, рассмотрев дело «Никитин против России» (Постановление от 20 июля 2004 г.¹), инициированное А.К. Никитиным, который в своей жалобе утверждал, что пересмотр в порядке надзора окончательного решения об оправдании заявителя (что допускалось УПК РСФСР) нарушил его право на справедливое судеб-

ное разбирательство (п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод) и право не быть судимым и наказанным дважды (ст. 4 Протокола №7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод), не нашел нарушений указанных норм Конвенции и протокола к ней. Как указал Суд, ст. 4 протокола №7 делает различие между повторным преданием суду за одно и то же преступление и возобновлением дела, допускаемым в исключительных обстоятельствах в соответствии с ч. 2 той же статьи. Пересмотр уголовного дела в порядке надзора в этих случаях расценивается как возобновление производства по делу. Таким образом, суд заключил, что власти, осуществлявшие судебное производство в порядке надзора, по данному делу не нарушили баланс интересов заявителя и потребности гарантировать надлежащее осуществление правосудия.

Здесь же суд отметил, что не считает пересмотр уголовного дела в порядке надзора в том виде, как это было предусмотрено УПК РСФСР, эффективным внутренним средством защиты прав человека, что отмена судом надзорной инстанции вступившего в законную силу судебного решения может создать проблемы относительно законности первоначального решения.

В отличие от действовавшего ранее УПК РФ в своей первоначальной редакции установил, что пересмотр в порядке надзора, влекущий за собой ухудшение положения осужденного или оправданного, не допускается (ст. 405).

Таким образом, была в корне изменена сущность надзорного производства, заключающаяся в том, что проверка законности, обоснованности и справедливости вступивших в силу судебных решений возможна лишь в целях улучшения положения осужденного. Сторона обвинения лишалась права на обжалование указанных судебных решений на предмет их отмены в связи с необходимостью применения закона о более тяжком преступлении, за мягкостью наказания или по иным основаниям, влекущим ухудшение положения осужденного, оправданного или лица, в отношении которого судом вынесено постановление (определение) о прекращении дела.

В связи с этим запретом оказалась лишена практического смысла и ч. 5 ст. 410 УПК РФ, согласно которой, когда по уголовному делу осуждено или оправдано несколько лиц, суд не вправе отменить приговор, определение или постановление в отношении тех оправданных или осужденных, в отношении которых надзорные жалоба или представление не принесены, если отмена приговора, определения, постановления ухудшает их положение. Поскольку недопустимость поворота к худшему имела категорический характер и не знала исключений,

обжалование судебного решения с ходатайством о таком повороте заведомо не могло иметь юридических последствий и, следовательно, было лишено всякого практического смысла. Осуществление функции уголовного преследования в стадии надзорного производства в российском уголовном судопроизводстве оказалось невозможным, тогда как функция защиты сохранялась.

В официальных изданиях² и научной литературе³ появились свидетельства того, что по некоторым уголовным делам прокуратура вносит надзорные представления в пользу осужденных (поворот к лучшему), становясь таким образом на сторону защиты. Надзорное производство по уголовным делам утратило состязательность, а прокуратура - свою роль в нем.

С течением времени становилось все яснее, что закрепленное в ст. 405 УПК РФ правило о недопустимости пересмотра в порядке надзора судебного приговора с поворотом к худшему не имеет ни международно-правовой, ни конституционной основы и сказывается на практике.

Согласно буквальному тексту ч. 1 и ч. 2 ст. 4 ратифицированного Российской Федерацией Протокола №7 и Конвенции прав человека и основных свобод⁴, «никто не должен быть повторно судим или наказан в уголовном порядке в рамках юрисдикции одного и того же государства за преступление, за которое уже оправдан или осужден в соответствии с законом и уголовно-процессуальными нормами этого государства. Положения предыдущего пункта не препятствуют повторному рассмотрению дела в соответствии с законом и уголовно-процессуальными нормами соответствующего государства, если имеются сведения о новых или вновь открывшихся обстоятельствах или если в ходе предыдущего разбирательства были допущены существенные нарушения, повлиявшие на исход дела». Никакой запрет поворота к худшему, ни процитированный выше и никакой другой международно-правовой акт этого не устанавливает.

Итог многочисленным критическим выступлениям специалистов в юридической печати и жалобам потерпевших, а также запросам судов общей юрисдикции, управомоченных должностных лиц и организаций подвел Конституционный Суд РФ, который своим Постановлением от 11 мая 2005 г. «По делу о проверке конституционности ст. 405 УПК РФ в связи с запросом Курганского областного суда, жалобами Уполномоченного по правам человека в РФ, производственно-технического кооператива «Содействие», общества с ограниченной ответственностью «Карелия» и ряда граждан» признал ст. 405 УПК РФ «в той мере, в какой она в системе действующего уголовно-процессуального регулиро-

вания пересмотра вступивших в законную силу приговоров, определений и постановлений суда, не допуская поворота к худшему при пересмотре судебного решения в порядке надзора по жалобе потерпевшего (его представителя) или по представлению прокурора, не позволяет тем самым устранить допущенные в предшествующем разбирательстве существенные (фундаментальные) нарушения, повлиявшие на исход дела, не соответствующей Конституции Российской Федерации...»⁵. Вскоре Верховный Суд РФ прокомментировал эту новую реалию, сложившуюся в уголовном процессе, в решении по конкретному делу, подчеркнув экстраординарный характер поворота к худшему в надзорном производстве.

Кировским областным судом С. осужден по п. п. «е» и «ж» ч. 2 ст. 105 УК за покушение на убийство, совершенное общеопасным способом в составе организованной группы. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ, изменив приговор по результатам его пересмотра в кассационном порядке, исключила указание на один из квалифицирующих признаков преступления – общеопасный способ его совершения (п. «е» ч. 2 ст. 105 УК). Заместитель Генерального прокурора РФ внес в Президиум Верховного Суда РФ надзорное представление об отмене кассационного определения, в котором он усмотрел противоречивость, и об оставлении без изменения обвинительного приговора, обозначив таким образом поворот к худшему по сравнению с кассационным определением, с учетом которого приговор вступил в законную силу. Президиум Верховного Суда РФ своим Постановлением от 28 сентября 2005 г. надзорное представление оставил без удовлетворения по следующим основаниям: в нем не приведено каких-либо доводов, по которым допущенная в кассационном производстве ошибка может рассматриваться как существенное (фундаментальное) нарушение норм УПК, повлиявшее на исход дела⁶.

В связи с применением Постановления Конституционного Суда РФ от 11 мая 2005 г. возник закономерный вопрос: может ли иметь место пересмотр судебного решения в сторону ухудшения положения осужденного, если решение вынесено до 11 мая 2005 г.?

Согласно определению Конституционного Суда РФ от 11 мая 2005 г.⁷ решения Конституционного Суда РФ действительно имеют обратную силу, т.е. распространяются на правоотношения, возникшие до вынесения постановления или определения, если к этому моменту приговор не исполнен или исполнен частично. Формально и Постановление от 11 мая 2005 г. имеет обратную силу. Вместе с тем при решении поставленного вопроса следует иметь в виду следующее. В соответствии с п. 1 ч. 4 ст. 413 УПК РФ признание Конституционным Судом РФ закона, примененного судом в данном уголовном деле, не соответствующим Конституции РФ, является новым обстоятельством, влекущим возоб-

новление производства по уголовному делу. Поскольку закон (п. 2 ч. 2 ст. 413 УПК РФ) в качестве новых признает лишь такие обстоятельства, которые устраняют преступность и наказуемость деяния, то пересмотр судебного решения в сторону ухудшения положения лиц, дела о которых были предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ, недопустим. По этой же причине не могут быть пересмотрены и судебные решения, вынесенные в отношении лиц, не являвшихся участниками конституционного судопроизводства. Иное противоречило бы равенству всех граждан перед законом и судом.

Такая позиция Конституционного Суда РФ на протяжении четырех лет подвергалась серьезной критике, в том числе с указанием на ее противоречие ст. 4 Протокола №7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (гарантия того, что никакое лицо не может быть повторно судимо или наказано за одно и то же преступление).

С целью приведения уголовно-процессуального законодательства в соответствие с правовой позицией Конституционного Суда РФ, который в Постановлении от 11 мая 2005 г. подтвердил ранее сформулированное им положение (в Постановлении от 17 июля 2002 г.) относительно обязанности федерального законодателя закрепить безусловные основания отмены оправдательного приговора, с тем чтобы исключить произвольное применение закона, поскольку речь идет о пересмотре такого решения судебной власти, которое уже вступило в законную силу и которым, следовательно, окончательно решены вопросы о виновности лица и мере наказания, ныне действующая ст. 405 УПК РФ (в редакции Федерального закона от 14.03.2009 г. №39-ФЗ) установила процессуальный порядок надзорного обжалования приговоров с поворотом к худшему, причем круг нарушений, дающих основание для отмены или изменения первоначального благоприятного для обвиняемого приговора, жестко не ограничен. Но в случае истечения предоставленного годичного срока надзорная жалоба или представление подлежат оставлению без удовлетворения, производство – прекращению, вне зависимости от наличия допущенных нарушений уголовно-процессуального законодательства, повлиявших на законность приговора, определения или постановления суда.

Конституционный Суд РФ в своем Постановлении от 02.02.1996 г. №4-П⁸ предлагает исправлять в такой ситуации выявленные ошибки с помощью процедуры возобновления дел с вступившими в законную силу приговорами по вновь открывшимся обстоятельствам. Такая позиция объясняется тем, что возобновление дел по вновь открывшимся обстоятельствам будучи особой стадией уголовного судопроизводства, предусматривает основания и процедуры устранения допущенных при рассмотрении уголовных дел судебных ошибок, которые не были или не могли быть выявлены ранее. По своему содержанию и

предназначению возобновление дел, т.е. их новое рассмотрение, выступает в качестве механизма, дополняющего все обычные способы обеспечения правосудности приговоров. Этот вид производства, имеющий как бы резервное значение, используется, когда не применимы или были исчерпаны другие средства процессуально-правовой защиты, и призван обеспечить гражданам необходимую защиту их прав, ущемленных в результате судебной ошибки.

Но при этом законодателем четко определены основания для возобновления дела по вновь открывшимся обстоятельствам, которых в конкретном уголовном деле может и не быть, а нарушение тем не менее является существенным (например, если дело было рассмотрено незаконным составом суда).

Подводя итог вышеизложенному, следует отметить, что путь, проделанный законодателем и правоприменителями от ст. 373 УПК РСФСР к ст. 405 УПК РФ в действующей редакции еще не завершен, так как, лишаясь одних недостатков, статья сохранила в своей конструкции неустранимость ошибок другого характера.

¹ Постановление получено с сервера Европейского суда по правам человека <http://www.echr.coe.int>.

² Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 7 мая 2003 г. по делу Попова и других // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. №12. С. 14.

³ *Кашенов В.П.* О конкуренции принципов в уголовном судопроизводстве // Новый Уголовно-процессуальный кодекс в действии: Материалы круглого стола 18 ноября 2003 г. / отв. ред. И.Ф. Демидов. М., 2003. С. 43.

⁴ Собрание законодательства РФ. 1998. №31. Ст. 3835; №44. Ст. 5400.

⁵ Российская газета. 2005. 20 мая.

⁶ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. №2. С. 23–24; см. также п. 16 Постановления Верховного Суда РФ от 11 января 2007 г. №1.

⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 11.05.2005 №233-О «Об отказе в удовлетворении ходатайства Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации об официальном разъяснении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 14 февраля 2000 года №2-П по делу о проверке конституционности положений частей третьей, четвертой и пятой статьи 377 УПК РСФСР». Документ опубликован не был.

⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 02.02.1996 №4-П «По делу о проверке конституционности пункта 5 части второй статьи 371, части третьей статьи 374 и пункта 4 части второй статьи 384 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан К.М. Кульнева, В.С. Лалуева, Ю.В. Лукашова и И.П. Серебrenникова» // Вестник Конституционного Суда РФ. 1996. № 2.

С.И.Афанасьева

Пермский государственный университет

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ЗАКОНОПРОЕКТА «О ПОЛИЦИИ»

1. В соответствии с проектом Федерального закона РФ «О полиции» полиция является составной частью единой централизованной системы федерального органа исполнительной власти, осуществляющего функции по выработке и реализации государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере внутренних дел, и предназначена для защиты жизни, здоровья, прав и свобод граждан Российской Федерации, иностранных граждан, лиц без гражданства, для противодействия преступности, охраны общественного порядка, собственности и обеспечения общественной безопасности. Тем самым законодатель усиливает централизованное начало организационного построения системы органов полиции, самостоятельность и независимость последней от каких-либо влияний со стороны органов государственной власти субъектов РФ (подчинение милиции общественной безопасности органам исполнительной власти субъектов РФ, согласование кандидатур при назначении на соответствующие должности, финансирование за счет средств бюджетов субъектов РФ и местных бюджетов и т.д.)

Данный тезис подтверждается тем, что правовой основой деятельности полиции являются только международные акты и федеральные нормативные правовые акты.

2. Защита жизни, здоровья, прав и свобод граждан является важнейшим назначением деятельности органов полиции (ст. 1), принципом (ст. 5), требованием к служебному поведению сотрудника полиции (ст. 31). Аналогичные положения содержатся в статьях 2, 3 Закона РФ «О милиции».

Но в Законопроекте четко не сформулированы задачи деятельности полиции, в ст.1 говорится лишь о ее назначении, а в ст. 2 – об основных направлениях ее деятельности (на первом месте – предупреждение преступлений и административных правонарушений (ст.2)). В Законе о милиции сформулированы основные задачи ее деятельности,

главной из которых является обеспечение безопасности личности (ст. 2).

3. Статья 7 анализируемого Законопроекта закрепляется принцип беспристрастности в деятельности полиции. Содержание данного принципа свидетельствует, что по своей сути он включает в себя элементы процессуального начала, морально-нравственных характеристик, деполитизации кадровой составляющей (по аналогии с судебским корпусом, сотрудниками органов прокуратуры). Думается, что требования, предъявляемые к претендентам на соответствующие должности в органы полиции и действующим сотрудникам, должны указываться в гл.7, посвященной прохождению службы в полиции.

4. Ст.8 рассматриваемого Законопроекта довольно детально регламентирует порядок отчетности полиции о своей деятельности (перед государственными органами; органами местного самоуправления; гражданами; законодательными (представительными) органами государственной власти субъектов РФ; представительными органами муниципальных образований). Такая отчетность потребует больших временных, организационных, а также финансовых затрат. Возникает вопрос: не превратится ли столь многоплановая отчетность в формальность и не будет ли она отвлекать от основных задач, поставленных перед полицией?

5. Принципиально новым является положение об обеспечении общественного доверия и поддержки граждан (ст. 9). Открытым остается вопрос о критериях реализации данного принципа, общем характере положений, закрепленных в нем (например, извинения сотрудника полиции гражданину, чьи права и свободы были им нарушены; мнения граждан - критерий оценки работы полиции; мониторинг взаимодействия полиции с институтами гражданского общества)?

6. В соответствии с предлагаемым Законопроектом можно насчитать 40 обязанностей полиции, но предусматривается возможность возложения других обязанностей путем внесения соответствующих изменений в Закон о полиции. Порядок реализации закрепленных обязанностей требует более детальной регламентации.

7. Полиция может применять отдельные меры государственного принуждения (по Законопроекту их 4), в том числе задержание (ст. 14). Содержание п. 1 ч.1 данного Законопроекта позволяет утверждать, что в нем говорится об уголовно-процессуальном задержании. Анализ данного положения в сравнении со статьями 91, 92 УПК РФ позволяет выявить некоторые противоречия.

В ст. 91 УПК РФ законодатель корректно говорит не о задержании подозреваемого, а о задержании лица по подозрению в совершении преступления. При этом указывается на определенные основания задержания, перечень которых является исчерпывающим. Он не предусматривает возможность задержания лица, в отношении которого мерой пресечения избрано заключение под стражу.

8. При анализе ст. 15 Законопроекта о вхождении (проникновении) полиции в жилые и иные помещения, на земельные участки возникает вопрос о соотношении данного положения с конституционными установлениями (ст. 25 Конституции РФ) и нормами УПК РФ о гарантированности неприкосновенности жилища (п. 4, 5 ч. 1 ст. 29, статьями 177, 182 УПК РФ)?

9. В ст. 35 Законопроекта закрепляется персональная ответственность сотрудника полиции за свои действия (бездействие) и за отдаваемые подчиненным приказы. Открытым остается вопрос о критериях такой ответственности, потому что положения указанной статьи во многом носят отсылочный характер.

10. В соответствии с п. 4 ст. 36 Законопроекта ограничение прав и свобод, связанных с прохождением службы в полиции, компенсируется предоставлением дополнительной гарантии правовой и социальной защиты. Данное положение требует более детальной законодательной регламентации.

11. Новеллой законодательства является положение о личном поручительстве для лица, поступающего на службу в органы полиции (ст. 37 Законопроекта). Порядок оформления личного поручительства определяется федеральным органом исполнительной власти в сфере внутренних дел, что свидетельствует о необходимости в дальнейшем разработать и принять соответствующий нормативный акт.

12. В заключение можно сделать вывод о том, что многие положения предлагаемого Законопроекта носят отсылочный характер к соответствующим нормативным актам, действующим или которые будут приняты, что свидетельствует о необходимости комплексного подхода к разработке такого важного для государства и гражданского общества Закона о полиции.

Г.Я. Борисевич

Пермский государственный университет

ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРОИЗВОДСТВА ПО ПРИМЕНЕНИЮ ПРИНУДИТЕЛЬНЫХ МЕР МЕДИЦИНСКОГО ХАРАКТЕРА НУЖДАЕТСЯ В СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ

I. 20 ноября 2007 г. Конституционным судом РФ было принято Постановление №13-П по делу о проверке конституционности ряда положений статей 402, 433, 437, 439, 441 и 445 УПК РФ в связи с жалобами граждан С.Г. Абламского, О.Б. Лобашовой и В.К. Матвеева. Конституционный суд признал не соответствующими Конституции РФ, её статьям 19, 45 (ч. 2), 46 (ч. 1) и 55 (ч. 3) находящиеся в нормативном единстве положения ст. 402, части третьей ст. 433, статей 437 и 438, частей третьей и шестой ст. 439, части первой ст. 441, ст. 444 и части первой ст. 445 УПК РФ в той мере, в какой эти положения, по смыслу, придаваемому или сложившейся правоприменительной практике, не позволяют лицам, в отношении которых осуществляется производство о применении принудительных мер медицинского характера, лично знакомиться с материалами уголовного дела, участвовать в судебном заседании при его рассмотрении, заявлять ходатайства, инициировать рассмотрение вопроса об изменении и прекращении применения указанных мер и обжаловать принятые по делу процессуальные решения. Данное Постановление было принято 3 года назад, однако до сего времени законодателем в содержание ряда норм УПК РФ соответствующие изменения не внесены. Это значительно затрудняет работу практических работников по применению норм гл. 51 Кодекса и отрицательно влияет на качество расследования и разрешения уголовных дел соответствующей категории в судах.

Учитывая эти обстоятельства, считаем целесообразным внести в УПК РФ новые нормы либо изменить редакцию уже существующих правил.

II. Главу 7 «Участники уголовного судопроизводства со стороны защиты» дополнить статьей 47¹ «Лицо, в отношении которого ведётся производство о применении принудительных мер медицинского характера».

1. Лицом, в отношении которого ведётся производство о применении принудительных мер медицинского характера, признается лицо, в отношении которого вынесено постановление о признании его нуждающимся в применении принудительных мер медицинского характера.

2. Лицо, в отношении которого ведётся производство о применении принудительных мер медицинского характера, *при условии, что этому не препятствует характер его психического заболевания*, вправе:

– знать в каком деянии, запрещённом уголовным законом, оно уличается;

– получать копию постановления о признании его нуждающимся в применении принудительных мер медицинского характера, копию постановления о назначении судебной экспертизы, копию постановления о прекращении уголовного дела;

– возражать против сведений, уличающих его в совершении деяния, закреплённого уголовным законом; давать показания либо отказаться от дачи показаний. При согласии дать показания лицо, в отношении которого ведётся производство о применении принудительных мер медицинского характера, должно быть предупреждено о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и при его последующем отказе от этих показаний, за исключением случая, предусмотренного пунктом 1 ч. второй ст. 75 настоящего Кодекса;

– представлять доказательства;

– заявлять ходатайства и отводы;

– инициировать рассмотрение вопроса об изменении и прекращении применения принудительных мер медицинского характера;

– давать показания и объясняться на родном языке или языке, которым он владеет;

– пользоваться помощью переводчика бесплатно;

– пользоваться помощью защитника, в том числе бесплатно в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом;

– иметь свидания с защитником наедине и конфиденциально, в том числе до первого допроса без ограничения их числа и продолжительности;

– участвовать с разрешения следователя в следственных действиях, производимых по его ходатайству или ходатайству его защитника либо законного представителя, знакомиться с протоколами этих действий, и подавать на них замечания;

- знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы, ставить вопросы эксперту и знакомиться с заключением эксперта;
- лично знакомиться по окончании предварительного следствия со всеми материалами уголовного дела и выписывать из него любые сведения и в любом объеме;
- снимать за свой счёт копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств;
- приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда и принимать участие в их рассмотрении судом;
- возражать против прекращения уголовного дела по основаниям, предусмотренным частью второй ст. 27 настоящего Кодекса;
- участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, кассационной и надзорной инстанций;
- знакомиться с протоколом судебного заседания и подавать на него замечания;
- обжаловать постановление суда о применении принудительных мер медицинского характера, иные постановления и определения суда, получать копии обжалуемых решений;
- участвовать в рассмотрении судом вопросов, связанных с изменением, прекращением принудительных мер медицинского характера;
- защищаться иными средствами и способами, не запрещёнными настоящим Кодексом;

3. Участие в уголовном деле защитника или законного представителя лица, в отношении которого ведётся производство о применении принудительных мер медицинского характера, не служит основанием для ограничения какого-либо права данного лица.

III. Часть первую ст. 437 «Участие законного представителя» изложить в следующей редакции: «Участие законного представителя лица, в отношении которого ведётся производство о применении принудительных мер медицинского характера, обязательно в уголовном деле на основании постановления следователя либо суда».

IV. Часть третью ст. 439 «Окончание предварительного следствия» изложить в следующей редакции: «О прекращении уголовного дела или направлении его в суд следователь уведомляет лицо, в отношении которого ведётся производство о применении принудительных мер медицинского характера, его законного представителя и защитника, а также потерпевшего и разъясняет им право знакомиться с материалами уголовного дела. Ознакомление с уголовным делом, заявление и разрешение ходатайств о дополнении предварительного следствия произ-

водится в порядке, установленном статьями 216-219 настоящего Кодекса».

Пункт третий части четвертой ст. 439 изложить в следующей редакции: «Доводы лица, в отношении которого ведётся производство о применении принудительных мер медицинского характера, его законного представителя, защитника и других лиц, оспаривающих основание для применения принудительной меры медицинского характера, если они были высказаны».

Часть шестую ст. 439 изложить в следующей редакции:

«Копия постановления о направлении уголовного дела в суд для применения принудительной меры медицинского характера вручается лицу, в отношении которого ведётся данное производство, его законному представителю и защитнику».

V. Часть вторую ст. 441 «Судебное разбирательство» изложить в следующей редакции: «Судебное следствие начинается с изложения прокурором доводов о необходимости применения к лицу, совершившему запрещённое уголовным законом деяние в состоянии невменяемости или у которого наступило психическое расстройство после совершения преступления, принудительной меры медицинского характера».

Председательствующий опрашивает лицо, в отношении которого ведётся производство о применении принудительных мер медицинского характера, понятны ли ему эти доводы и желает ли он, его законный представитель и защитник выразить к ним своё отношение. Исследование доказательств и прения сторон проводятся в соответствии со статьями 274 и 292 настоящего Кодекса. В прениях сторон вправе участвовать лицо, в отношении которого ведётся производство о применении принудительных мер медицинского характера, и его законный представитель».

VI. Содержание статьи 444 «Порядок обжалования постановления суда» изложить в следующей редакции: «Постановление суда может быть обжаловано в кассационном порядке лицом, в отношении которого ведётся производство о применении принудительных мер медицинского характера, его законным представителем, а также прокурором в соответствии с главой 45 настоящего Кодекса».

VII. Часть первую ст. 445 «Прекращение, изменение и продление применения принудительной меры медицинского характера» изложить в следующей редакции: «По подтверждённому медицинским заключением ходатайству администрации психиатрического стационара, а также по ходатайству лица, в отношении которого применена принудительная мера медицинского характера, его законного представителя,

защитника суд прекращает, изменяет или продлевает применение к данному лицу принудительной меры медицинского характера на следующие 6 месяцев».

Часть третью ст. 445 изложить в следующей редакции: «О назначении уголовного дела к слушанию суд извещает лицо, к которому применена принудительная мера медицинского характера, его законного представителя, защитника, администрацию психиатрического стационара и прокурора».

Часть четвертую ст. 445 изложить в следующей редакции: «Участие в судебном заседании защитника, прокурора и лица, в отношении которого применена принудительная мера медицинского характера обязательно, при условии, что этому не препятствует характер его психологического заболевания. Неявка других лиц не препятствует рассмотрению уголовного дела».

Часть пятую ст. 445 изложить в следующей редакции: «В судебном заседании исследуются ходатайство, медицинское заключение, допрашивается лицо, в отношении которого решается вопрос о прекращении, об изменении или о продлении применения принудительной меры медицинского характера, если это возможно по его психическому состоянию, заслушивается мнение лиц, участвующих в судебном заседании. Если медицинское заключение вызывает сомнение, то суд по ходатайству лиц, участвующих в судебном заседании, или по собственной инициативе может назначить судебную экспертизу, истребовать дополнительные документы».

Часть восьмую ст. 445 изложить в следующей редакции: «Постановление суда может быть обжаловано в кассационном порядке лицом, в отношении которого решён вопрос о прекращении, об изменении или о продлении применения принудительной меры медицинского характера, его законным представителем, защитником, потерпевшим и его представителем, а также прокурором, в соответствии с главой 45 настоящего Кодекса».

Часть первую ст. 402 «Право обжалования вступивших в законную силу приговора, определения, постановления суда» изложить в следующей редакции: «Подозреваемый, обвиняемый, осуждённый, оправданный, лицо, к которому применена принудительная мера медицинского характера, их защитники или законные представители, потерпевший, его представитель, а также прокурор вправе ходатайствовать о пересмотре вступивших в законную силу приговора, определения, постановления суда в порядке, установленном настоящей главой. Гражданский истец, гражданский ответчик или их представители вправе ходатайствовать о пересмотре вступивших в законную силу приговора,

определения, постановления суда в части, касающейся гражданского иска».

Г.С. Горшкова

Пермский государственный университет

О НЕОБХОДИМОСТИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ НОРМ, РЕГЛАМЕНТИРУЮЩИХ ПРАВА ПОТЕРПЕВШЕГО

Защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, в соответствии со ст.6 УПК РФ является первоочередной задачей уголовного судопроизводства. Изучение правового положения потерпевшего в современный период является актуальным и значимым. Это объясняется и официальными данными статистики, согласно которым в России ежегодно жертвами преступлений становятся до 4 млн. чел. Это связано и с недостаточным количеством закрепленных в законе гарантий для реализации прав потерпевших.

Согласно ч. 1 ст. 42 УПК РФ потерпевшим является физическое лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред, а также юридическое лицо в случае причинения преступлением вреда его имуществу и деловой репутации. С учетом правоприменительной практики и рекомендаций Пленума Верховного Суда РСФСР необходимо расширить данную дефиницию, включив в нее указание на правомерность признания лица потерпевшим, и по делам о покушении, когда вред еще не причинен. Понятие физического, имущественного, морального вреда и вреда деловой репутации также необходимо закрепить на законодательном уровне, например в ст. 5 УПК РФ «*Основные понятия, используемые в настоящем Кодексе*». Решение о признании потерпевшим оформляется постановлением должностных лиц – дознавателя, следователя или суда. Момент вынесения данного процессуального документа законом не конкретизирован, что нередко служит для граждан серьезным препятствием в защите своих интересов. Поэтому в ст.42 УПК РФ, думается, должны быть включены положения, указывающие на обязанность дознавателя, следователя или суда признавать лицо потерпевшим «сразу после установления оснований для присвоения ему этого процессуального качества», например, это сформулировано в ч.2 ст.59 УПК Республики Молдова. Кроме того, следует

© Горшкова Г.С., 2010

закрепить обязанность должностных лиц вручать потерпевшему копию постановления с перечнем его прав и обязанностей.

Нуждается в совершенствовании и ч.1 ст.45 УПК РФ, согласно которой представителем потерпевшего могут быть *адвокаты*, а по постановлению мирового судьи – один из близких родственников потерпевшего либо иное лицо, о допуске которого он ходатайствует. Конструкция данной нормы аналогична ч.2 ст.49 УПК РФ «*Защитник*», очевидно, реализуя замысел законодателя о равноправии сторон в уголовном процессе. Вместе с тем ни ст.45, ни п.8 ч.2 ст.42 УПК РФ не предусматривают для потерпевшего возможности воспользоваться услугами бесплатного защитника, как это может сделать обвиняемый. Потерпевший самостоятельно должен приглашать себе адвоката и оплачивать его услуги, что может представить для него дополнительное обременение. Руководствуясь принципом состязательности и равноправия сторон (ч.3 ст.123 Конституции РФ, ст.15 УПК РФ), необходимо гарантировать потерпевшему право на *бесплатную* юридическую помощь, а также допускать в качестве представителя *любое лицо*, о допуске которого он ходатайствует.

Если сравнить возможности представителя потерпевшего (ч. 2 ст. 86 УПК РФ) и защитника обвиняемого (ч. 3 ст. 86 УПК РФ) по сбору доказательств, то вновь станет очевидным их процессуальное неравенство и «ущемленное» в правах положение потерпевшего по сравнению с обвиняемым. Для исправления такой ситуации требуется внести изменения в УПК, наделив представителя потерпевшего правами, равными по своему содержанию правам защитника обвиняемого.

Потерпевший и его представитель теперь могут участвовать в рассмотрении судом ходатайства органа предварительного расследования о заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу, имеют возможность обжаловать судебное решение об избранной в отношении обвиняемого мере пресечения. Данные правомочия за потерпевшим и его представителем признал Пленум Верховного Суда РФ 29 октября 2009 г., но прямое их включение в текст закона позволит им стать надлежащими гарантиями в обеспечении интересов потерпевшего.

Также видится необходимой и корректировка ст. 198 УПК РФ, предоставляющей определенные права участникам процесса в связи с назначением и производством судебной экспертизы. В настоящий момент потерпевший имеет меньшее количество прав, чем обвиняемый. К примеру, у него нет возможности присутствовать с разрешения следователя при производстве судебной экспертизы, нет права на постановку дополнительных вопросов эксперту и ряд других. Лишением потерпевшего данных правомочий нарушается провозглашенный принцип состязательности.

зательности и равноправия сторон. Чтобы исправить такое положение, необходимо изменить диспозицию ч. 1 ст. 198 УПК РФ путем включения в нее потерпевшего и его представителя.

Гарантированность прав потерпевших от преступлений – насущная задача и конституционная обязанность государства. Своевременное и разумное реформирование законодательства позволит в полной мере обеспечивать правовую защищенность личности, вовлекаемой в сферу действия уголовно-процессуального закона.

О.В.Добровлянина

Пермский государственный университет

ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПОЛОЖЕНИЙ СТ. 450 УПК РФ ОБ ОБЫСКЕ ОТДЕЛЬНЫХ КАТЕГОРИЙ ЛИЦ

В ст. 450 Уголовно-процессуального кодекса РФ (далее – УПК РФ) установлены особенности производства следственных действий по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц.

Согласно ч. 1 ст. 450 УПК РФ, если лицо с особым правовым статусом лишено неприкосновенности, то следственные действия в его отношении проводятся по общим правилам. Однако части 3, 4 и 5 ст. 450 УПК РФ определяют ряд изъятий на этот счет. Исключения касаются, прежде всего, обыска. Правила об обыске в порядке ст. 450 УПК РФ вызывают ряд вопросов.

Во-первых, почему особенности установлены только для судей, депутатов Государственной Думы РФ, членов Совета Федерации РФ, а также для Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, Уполномоченного по правам человека в РФ? Почему нельзя распространить особые правила об обыске, например, на следователей, прокуроров? Какой критерий для отбора отдельных категорий лиц использовал законодатель в этом случае? В законе нет ответов.

Во-вторых, даже в отношении указанных специальных субъектов правила об обыске не унифицированы.

Так, в ч. 4 ст. 450 УПК РФ говорится о необходимости получения мотивированного решения Конституционного Суда РФ, квалификационной коллегии судей *на производство обыска у судьи*. При этом данное решение принимается не позднее 5 суток со дня поступле-

ния представления Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ и *соответствующего судебного решения*.

В связи с этим: а) внезапность обыска – неотложного следственного действия – исключается;

б) непонятно, что понимать под «соответствующим судебным решением», так как рассматриваемое правило об обыске сохранилось в редакции 2007 г. В то время действовала еще норма ст. 448 УПК РФ о судебном заключении, отмененная федеральным законом от 25.12.2008 г. И теперь неясно, решение какого суда имеется в виду: районного (в порядке ст. 165 УПК РФ) или решение особого судебного состава, как правило, вышестоящего суда (старая редакция).

В то же время в ч. 3 ст. 450 УПК РФ устанавливается правило *об исполнении судебного решения о производстве обыска* в отношении депутата Государственной Думы РФ, члена Совета Федерации РФ, экс-Президента РФ, Уполномоченного по правам человека в РФ – с согласия соответственно Совета Федерации РФ или Государственной Думы РФ. Причем формулировка позволяет гадать, чье согласие – Совета Федерации РФ *или* Государственной Думы РФ – необходимо для обыска у экс-Президента РФ или Уполномоченного по правам человека в РФ.

Получается, что гарантии для судей иные, нежели для других указанных лиц.

Таким образом, при глубоком анализе указанных норм возникают следующие проблемы:

1) по установленной процедуре явно невозможна безотлагательность обыска;

2) органы законодательной, судебной власти, органы судейского сообщества практически вмешиваются в процесс уголовного преследования в отношении уже лишённого неприкосновенности специального субъекта;

3) не ясно также, каких видов обыска касаются изъятия: применяются ли указанные особые правила при личном обыске? Если применяются, то возможны ли исключительные случаи личного обыска, предусмотренные ч. 2 ст. 184 УПК РФ, в отношении отдельных категорий лиц?

И, наконец, ч. 5 ст. 450 УПК РФ предусматривает правило о проведении обыска в отношении любого лица с особым правовым статусом, если оно еще не является подозреваемым или обвиняемым, *с согласия суда, указанного в ст. 448 УПК РФ*. Важно отметить, что ст. 448 УПК РФ в действующей редакции устанавливает необходимость полу-

чения заключения Верховного Суда РФ о наличии признаков преступления в действиях Генерального прокурора РФ или Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ. Это означает, что обыск в отношении Генерального прокурора РФ или Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ должен проводиться с согласия Верховного Суда РФ. В то же время не следует забывать, что после редактирования 25.12.2008 г. положения о судебных заключениях в отношении других отдельных категорий лиц утратили силу. Однако ч. 5 ст. 450 УПК РФ не изменилась. Следовательно, сегодня не ясно, какой суд должен давать это разрешение, если возникнет необходимость провести обыск, например, у судьи. Указанное правило применимо лишь в отношении Генерального прокурора РФ или Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ, для которых «сохранилось» заключение Верховного Суда РФ, хотя, заметим, Конституция РФ не устанавливает неприкосновенность этих лиц, а УПК РФ тем не менее создает для них дополнительные гарантии (в отличие от судей, например). Для других отдельных категорий лиц действует общий порядок обыска. Таким образом, напрашивается вывод о необходимости изменения формулировки ч. 5 ст. 450 УПК РФ.

Важно найти эффективный механизм решения вопросов, связанных с производством обыска в отношении отдельных категорий лиц, который, с одной стороны, не позволял бы специальным субъектам злоупотреблять правами и уходить от привлечения к уголовной ответственности, с другой стороны, обеспечивал бы действенную защиту этих лиц от незаконных действий правоохранительных органов. Для этого необходимо либо внести соответствующие изменения в ст. 450 УПК РФ, либо вообще ликвидировать все рассмотренные исключения, распространив общий порядок производства обыска на всех отдельных категорий лиц. Последнее представляется более целесообразным, так как процедура обыска будет упрощена и не возникнет дополнительных препятствий для привлечения отдельных категорий лиц к уголовной ответственности; не будет нарушен конституционный принцип равенства всех перед законом и судом в силу того, что законодатель ликвидирует указанные привилегии для отдельных категорий лиц.

С.Д. Долгинов

Пермский государственный университет

СОЗДАНИЕ И ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ПЕРВЫХ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИХ СУДЕБНО-ЭКСПЕРТНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ В РОССИИ

Обращение правосудия к помощи науки отмечается в истории судебной экспертизы достаточно давно. В трудах Гиппократов рассматривались вопросы исследования механических повреждений на теле, определения жизнеспособности младенцев при исследовании их трупов и др.

В России врачебные освидетельствования проводились эпизодически в XVI и XVII вв. Годом официального становления судебной экспертизы считают 1716 г., когда Воинским уставом Петра I было предписано привлекать лекарей для исследования повреждений на одежде и теле пострадавшего.

Кроме использования в судебной экспертизе медицинской науки развитие получили и другие отрасли знания. Так, во времена византийского императора Юстиниана (V-VI вв.) в законодательстве находило отражение исследование почерка в судебных целях. В России уже в XVI в. проводилось сличение почерков при рассмотрении уголовных и гражданских дел в судах. При необходимости исследования рукописных документов следовало обращаться к дьякам. Позднее, в своде законов Российской империи 1857 г., указывалось, что рассмотрение и сличение почерков производится по назначению суда сведущими в том языке, на коем написаны и подписаны сличаемые документы. Такое исследование поручалось секретарям присутственных мест, учителям чистописания или другим преподавателям.

Первым в истории России учреждением, в котором начала формироваться судебная экспертиза, стала Санкт-Петербургская академия наук. Первоначально судебно-экспертная деятельность Академии наук ограничивалась вопросами медицины, но вскоре потребности в анализе документов и веществ привели к необходимости выполнения судебно-химических исследований.

Судебная реформа 1864 г. существенно изменила процесс судопроизводства в России и оказала влияние на дальнейшее развитие су-

дебных экспертиз. Она регламентировала процесс предварительного расследования, получения и фиксации доказательств, обусловила необходимость более широкого использования научных познаний при рассмотрении уголовных и гражданских дел.

Особо следует отметить вклад Академии наук в становление направления судебной экспертизы - экспертизы документов. В качестве судебного эксперта к химическому исследованию документов привлекают и Д.И. Менделеева. Возможности использования фотографии в исследовании документов заслуженно связывают с именем Е.Ф. Буринского, который считается основоположником применения фотографических методов при исследовании документов, в частности почерковедческих исследований.

Первым криминалистическим судебно-экспертным учреждением в России стала судебно-фотографическая лаборатория, организованная в 1889 г. Е.Ф. Буринским на собственные средства. Будучи весьма стесненным в средствах, Буринский неоднократно обращался в правительственные инстанции с просьбой принять содержание лаборатории на казенный счет, но просьбы эти удовлетворены не были. Тогда он попытался ввести такой порядок, согласно которому суд должен был вносить вперед плату за поручаемые лаборатории исследования. Подобные требования вызвали неудовольствие судебного ведомства и побудили его принять меры к организации государственной судебно-фотографической лаборатории. На основании доклада прокурора был разработан законопроект об учреждении судебно-фотографической лаборатории, одобренный Государственным Советом и утвержденный императором 9 ноября 1892 г.

28 июля 1912 г. был принят закон о создании в России первого специализированного судебно-экспертного учреждения - кабинета научно-судебной экспертизы. 3 ноября 1912 г. была утверждена и инструкция о деятельности кабинета. При этом использовался опыт работы судебно-фотографической лаборатории, учрежденной в 1893 г. при прокуратуре Санкт-Петербургской судебной палаты, и экспертных учреждений Европы.

Квалифицированные сотрудники и новейшее по тому времени оборудование позволили с самого начала деятельности кабинетов обеспечить достаточно высокий уровень судебных экспертиз.

Значительную роль в развитии судебной экспертизы в России сыграл I съезд экспертов-криминалистов, который проходил 1-9 июля 1916 г. в Петрограде. В нем приняли участие сотрудники кабинетов научно-судебной экспертизы, а также судебные следователи, ученые-физики, химики, биологи, судебные медики. Многие участники съезда,

который подвел первые итоги работы кабинетов научно-судебной экспертизы, практики применения научных познаний в интересах судопроизводства, стали впоследствии крупнейшими учеными-криминалистами, деятельность которых продолжалась и после 1917 г. (это С.М. Потапов, В.И. Фаворский, Н.П. Макаренко, В.Л. Русецкий и др.).

О.С.Кайгородова

Тюменский юридический институт МВД России

КРИМИНАЛИСТИЧЕСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ПО УСТАНОВЛЕНИЮ И ДОКАЗЫВАНИЮ СПОСОБА СОВЕРШЕНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЯ, ПРЕДУСМОТ- РЕННОГО СТАТЬЕЙ 156 УК РФ

Особенностью расследования преступлений, предусмотренных ст. 156 УК РФ, является сбор материала проверки по поступившему заявлению, сообщению или рапорту об обнаружении признаков преступления. Сбор материала проверки осуществляют, как правило, инспектора ПДН, на которых возлагается ответственность по качественному и быстрому закреплению информации по совершенному преступлению. Как показывает практика, чаще всего потерпевшими по делам данной категории являются дети из неблагополучных семей. Но имеются случаи неисполнения или ненадлежащего исполнения обязанностей по воспитанию несовершеннолетнего во внешне благополучных семьях, которые, попав в поле зрения правоохранительных органов, начинают оказывать противодействие расследованию: проводить беседы со своими детьми, навязывая выгодную взрослым позицию; приводить жилье в порядок; обращаться за оказанием медицинской помощью несовершеннолетнему якобы по собственной инициативе и т.д.

Поэтому промедление, халатность, некачественный сбор первоначального материала приводит к утрате многих следов преступления по объективным и субъективным причинам, что в последующем может негативно отразиться на судебной перспективе уголовного дела.

Анализ эмпирического материала показал, что основную доказательственную базу по делам рассматриваемой категории составляют идеальные следы – показания, в первую очередь самого несовершенно-

летнего потерпевшего, показания свидетелей, в том числе очевидцев – работников социальных служб, медицинских работников, соседей, учителей и т.д. И сбор показаний в ходе расследования особых сложностей не вызывает.

При этом необоснованно мало внимания уделяется помощи специалистов и изъятию и использованию материальных следов преступления. Мнение дознавателей, инспекторов ПДН по многим фактам, установленным в ходе осмотра, носит оценочный и эмоциональный характер (например, «антисанитарные условия проживания», «холодное помещение», «оголенные провода», «недокормленный ребенок» и т.д.). В связи с этим некоторые процессуальные документы могут быть подвергнуты сомнению в ходе расследования и судебного заседания. Избежать подобных негативных последствий помогут участие специалиста в соответствующей области знаний при осмотре места происшествия, назначение экспертиз по установленным фактам в ходе расследования уголовного дела.

Закрепление материальных следов преступления (орудий преступления; предметов, несущих угрозу ребенку и т.д.) будет способствовать установлению истины по уголовному делу и, в ряде случаев, поможет опровергнуть ложные показания подозреваемых.

Отметим, что часто в одном и том же случае будут присутствовать несколько разновидностей способа совершения преступления, предусмотренного ст. 156 УК РФ (всего выделяют три вида способа совершения преступления, предусмотренного ст. 156 УК РФ: физическое насилие, психическое насилие, пренебрежение нуждами и интересами ребенка). Так, например, если ребенок подвергается физическому насилию, то его психика также страдает. И это требует проведения всего комплекса следственных действий и иных мероприятий, направленных на закрепление следовой информации. К материалам проверки должен быть приобщен акт обследования материально-жилищных условий несовершеннолетнего.

Из всех рассмотренных нами способов самый распространенный и наиболее легко доказываемый – физическое насилие. Однако на практике уже имеют место случаи доказывания и других способов совершения преступлений, предусмотренных ст. 156 УК РФ. Так, по материалам уголовных дел рассматриваемой категории в Волгоградской области установлено следующее¹:

1. Уголовное дело №1-40-38/2004 (суд. участок №40): обвиняются С.В. Бондарева и Ю.К. Сайко – несвоевременное предоставление ребенку 2003 г.р. пищи, антисанитарные условия, результатом чего стали ис-

тощение, акроцианоз, дефицитная анемия тяжелой степени, гипотрофия 3-й степени².

Жестокое обращение выразилось в непредоставлении питания.

2. Уголовное дело №1-86-25/2004 (суд. участок №25): обвиняется О.И. Епифанова в запираии в помещении ребенка 2003 г.р. одного на длительное время, длительное оставление его без присмотра.

Жестокое обращение выразилось в запираии в помещении одного ребенка на длительное время.

3. Уголовное дело №1-59-31/04 (суд. участок №59): обвиняется Е.Ю. Курина в унижении достоинства дочери 1991 г.р. нецензурными выражениями, против ее воли обрезала дочери волосы, обезобразив внешний вид, систематически указывала на неуклюжесть в движениях дочери, в связи с чем несовершеннолетняя испытывала комплекс неполноценности в отношении своего внешнего вида и физических данных.

Жестокое обращение выразилось в систематическом унижении достоинства несовершеннолетнего.

4. Уголовное дело №1-16-17/2004: обвиняется М.Н. Бугрова в запрещении дочери пользоваться обогревательными приборами в холодное время года, связывании веревкой рук и ног; в сентябре и ноябре 2003 г. запирала дочь в погребе и сарае в легкой одежде.

Жестокое обращение выразилось в издевательствах над несовершеннолетней.

В ряде случаев подозреваемые полностью или частично отрицают факты неисполнения обязанностей по воспитанию несовершеннолетнего, особенно факты жестокого обращения с последними. Подозреваемые могут ссылаться также на объективные обстоятельства, которыми вызваны их действия, например, непослушание ребенка, либо пытаются убедить окружающих в правоте избранных ими методов воспитания.

Так, гр-ка Г. оставила свою новорожденную дочь с сожителем – инвалидом, уйдя из дома на 17 дней, чем подвергла жизнь и здоровье ребенка опасности. Свою позицию гр-ка Г. обосновала тем, что оставила грудного ребенка с родным отцом, который вполне может о ней позаботиться, что, естественно, не может оправдывать ее действия (уголовное дело №1-56-2005/4м. Хранится в архиве судебного участка №4 Тюменского района).

Сложность для дознавателя в установлении жесткого обращения с несовершеннолетним также состоит в том, что свою точку зрения нужно обосновать и доказать перед широким кругом лиц – начальником органа дознания, прокурором, судьей (при их абсолютно разных субъ-

ективном подходе к воспитанию, взглядах на моральные и этические ценности и т.д.). Основной упор должен быть сделан на доказывание умысла и, соответственно, на установление и доказывание способа совершения преступления, предусмотренного ст. 156 УК РФ, в зависимости от умысла.

¹ Свиридов Ю.В. Защита детей // Вопросы ювенальной юстиции. 2006. № 1.

² Причинно-следственную связь между несвоевременным предоставлением ребенку пищи и имеющимися заболеваниями и состоянием ребенка, в отличие от судебно-медицинской экспертизы, устанавливающей только тяжесть телесных повреждений, время причинения и локализацию поможет установить экспертиза физического состояния несовершеннолетнего, проводимая в Бюро судебно-медицинских экспертиз. Может быть также проведена комиссияная экспертиза, например с участием врача-педиатра.

Н.Л. Мальцев

Пермский государственный университет

О СОДЕРЖАНИИ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Преступление является объектом изучения многих наук, каждая из которых исследует определенные аспекты, отношения и его свойства. В одних случаях исследователя интересует причины и условия данного социального явления, в других – его признаки, способствующие отграничению от иных видов противоправных деяний.

Преступление всегда совершается конкретным лицом для достижения преступного результата по определенным мотивам путем совершения ряда действий (либо бездействия), обусловленных конкретной обстановкой, временем, местом. Несомненно, каждое преступление является индивидуальным с точки зрения сочетания субъективных и объективных элементов и их обусловленности. Вместе с тем, на основе анализа следственной практики можно дать обобщенные выводы о закономерностях в развитии преступного события, характерных для отдельных видов преступлений, выделяемых первоначально, как правило, на основе объекта преступного посягательства. Зная определенные закономерности в развитии связей, можно прогнозировать не просто наличие отдельных элементов, но и их характеристику, еще не известную к началу расследования.

© Мальцев Н.Л., 2010

В криминалистике информационно-обобщенной системой знаний о закономерностях и значимых признаках преступления, способствующих его раскрытию, является криминалистическая характеристика преступления. Ее возникновение закономерно связывают с развитием криминалистической методики расследования отдельных видов преступлений.

Криминалистическая характеристика преступления стала использоваться в литературе в 60-х годах прошлого века, однако ее появлению предшествовал научный поиск алгоритмов и обобщение накопленного опыта, основанного на практике расследования преступлений. Любая система знаний объективно обусловлена особенностями самого объекта, поэтому систематизация и анализ криминалистически значимых признаков производился некоторыми авторами в рамках исследования метода преступления, который еще не именовался как криминалистическая характеристика, но уже имел в структуре схожие элементы, находящиеся при этом в определенной динамической взаимосвязи между собой.

Чуть позже в литературе анализ криминалистически значимой информации проводился на основе анализа специфики предмета доказывания, способа преступления, состава преступления или их различных комбинаций.

В настоящее время при анализе различных точек зрения на структуру криминалистической характеристики можно насчитать свыше полутора десятков элементов, начиная со способа совершения преступления, заканчивая распространенностью и общественной опасностью преступления.

Принимая во внимание динамическую сторону криминалистической характеристики преступлений, трудно, да и невозможно изложить закрытый перечень ее элементов. В одних случаях определяющим будет способ совершения преступления, в других (например, при совершении преступления по неосторожности) он играет менее значимую роль. Тем не менее, этот перечень не должен быть столь широким, так как частные факультативные элементы могут входить в состав иных. Вопрос заключается в выборе оптимальной модели и уровня обобщения информации, за пределами которой система знаний о криминалистических признаках становится абстрактной настолько, что с ее помощью невозможно проследить обусловленность связей.

И.Я. Моисеенко

Пермский государственный университет

ПОНЯТИЕ И КЛАССИФИКАЦИЯ ОШИБОК В СУДЕБНО-ЭКСПЕРТНОЙ ПРАКТИКЕ

В процессе расследования уголовных дел ошибки могут быть допущены и следователями, и экспертами, проводящими судебные экспертизы. Вопросы, связанные с понятием экспертной ошибки, причин их порождающих и их классификации, слабо исследованы в криминалистической и уголовно-процессуальной литературе. Одним из первых криминалистов понятие экспертной ошибки сформулировал известный эксперт-трасолог

Г.Л. Грановский следующим образом: «его выводы (основные и промежуточные), не соответствующие действительности, а также неправильности в действиях и рассуждениях, отражающих процесс экспертного исследования, - в представлениях, суждениях, понятиях»¹. Если проанализировать это определение, то возникает вопрос – а в силу чего были сделаны выводы, несоответствующие действительности, и использованы в ходе производства экспертизы неправильные действия и рассуждения? Подобные недостатки в работе эксперта могут возникнуть в силу его слабой специальной подготовки, некомпетентности, заведомо неправомερных действий, а также вследствие его добросовестного заблуждения. Из перечисленных оснований добросовестность заблуждения эксперта следует оценивать как ошибку эксперта. Сами же неправильные выводы эксперта (основные и промежуточные), о которых пишет Г.Л. Грановский, являются следствием иных вышеотмеченных факторов, проявившихся в процессе производства судебной экспертизы.

Р.С. Белкин, рассматривая вопрос о сущности экспертной ошибки, также специально подчеркивает, что она является следствием добросовестного заблуждения эксперта². Принимая во внимание вышеперечисленные мнения указанных авторов, их критический анализ, можно предположить следующее определение экспертной ошибки – это неправильные действия или бездействия эксперта, допущенные в ходе производства судебной экспертизы, обусловленные его добросовестным заблуждением в оценке полученного в ходе исследования информационного материала и отраженные в конечном итоге в его выводах.

© Моисеенко И.Я., 2010

Что касается классификации экспертных ошибок, то наиболее правильное решение этого вопроса предложил Р.С. Белкин, который подразделяет их на процессуальные, гносеологические и деятельностные (операционные)³. Подобной же классификации экспертных ошибок придерживаются А.М. Зинин и Н.П. Майлис⁴. При производстве судебных экспертиз по уголовным делам эксперт обязан соблюдать положения ст. гл. 27 УПК РФ, посвященной производству подобных экспертиз. Вышеуказанные авторы правильно отмечают, что ошибки процессуального характера заключаются в нарушении процессуального режима и процедуры экспертного исследования, например: выход эксперта за пределы своей компетенции; самостоятельное получение образцов; несоблюдение установленных уголовно-процессуальным законом правил составления заключения эксперта. К числу процессуальных ошибок авторы относят и обоснование выводов не результатами исследования, а материалами дела. С подобным утверждением нельзя согласиться. В действительности все объекты, направляемые эксперту на исследование, являются материалами уголовного дела. Ими могут быть не только вещественные доказательства, но иные материалы – протоколы различных следственных действий (осмотров, допросов, следственных экспериментов, материалы ранее проведенных судебных экспертиз и др.). А какова технология производства, например, таких экспертиз, как автотехническая по нарушению правил техники безопасности? Основными материалами для исследования при их производстве используются в основном вышеперечисленные материалы уголовного дела. Очевидно, в вышеприведенном утверждении следовало уточнить, что эксперт не имеет право использовать по своей инициативе иные материалы уголовного дела, которые ему стали известны, но не были представлены на экспертизу следователем.

Экспертные ошибки гносеологического (познавательного) характера проявляются в формировании логических суждений эксперта, неверной оценке полученной в ходе исследования информации и, как следствие, неправильном формулировании выводов. Деятельностные (операционные) ошибки эксперта обусловлены осуществляемыми экспертом операциями с объектами исследования. Подобные ошибки могут быть связаны с использованием низкокачественных, неисправных технических средств (измерительных средств, микроскопов, специальных осветительных приборов и т.п.), с получением некачественных сравнительных материалов, с нарушением технологии производства экспертиз.

Таким образом, анализируя вышеприведенную классификацию экспертных ошибок, можно сделать вывод о том, что они могут быть обусловлены объективными и субъективными факторами. Важное зна-

чение имеет своевременное предупреждение и выявление экспертных ошибок. Одним из важных условий предупреждения экспертных ошибок является предоставление на экспертизу следователем (судом) тщательно выверенных, полноценных и с процессуальной, и с материальной стороны объектов. Еще одним фактором, направленным на исключение и предупреждение ошибок со стороны судебных экспертов, является строгий контроль за качеством проводимых экспертиз стороны руководителей судебно-экспертных учреждений. С этой целью обычно практикуются взаимное рецензирование экспертами их заключений, отсылка копий заключений экспертов для рецензирования в иные судебно-экспертные учреждения, проведение аттестации экспертов, направление экспертов на курсы повышения квалификации.

¹ Грановский Г.Л. Природа, принципы экспертных ошибок и пути их устранения // Новые разработки и дискуссионные проблемы теории и практики судебной экспертизы, М., 1983. С.2.

² Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. М.: Норма-Инфра, 2001. С. 186.

³ Белкин Р.С. Там же. С. 187.

⁴ Зинин А.М., Майлис Н.П. Судебная экспертиза // А.М. Зинин, М., 2002. С. 243.

И.В. Петрова

Южно-Уральский юридический университет

ПРЕДЕЛЫ ДЕЙСТВИЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНА ПО КРУГУ ЛИЦ

Сфера действия уголовно-процессуального закона недостаточно исследована в теории уголовного процесса, в связи с чем возникает целый ряд вопросов как теоретического, так и практического плана, требующих разрешения. В настоящее время необходимо реализовать комплексный подход к исследованию и разрешению существующих коллизий в сфере действия уголовно-процессуального закона во времени, пространстве и по кругу лиц.

Рассмотрим более детально действие уголовно-процессуального закона по кругу лиц. Законодательная регламентация, касающаяся действия уголовно-процессуального закона по кругу лиц, установлена ст. 3 УПК РФ, которая определяет единый, относящийся к гражданам России, порядок производства по уголовным делам, применительно к ино-

странцам и лицам без гражданства, за исключением лиц, пользующихся в силу дипломатического иммунитета личной неприкосновенностью от уголовной юрисдикции страны пребывания. Данная норма изначально базируется на принципе территориальности действия уголовно-процессуального закона. В ней подчеркивается как этот принцип, так и принцип равенства перед законом всех лиц вне зависимости от их гражданства.

Совершение преступления на территории Российской Федерации либо за ее пределами лицом без гражданства или иностранцем не имеет значения для применения норм уголовно-процессуального закона и не влияет ни на общий порядок производства по уголовным делам, ни на порядок проведения отдельных следственных (процессуальных) действий в отношении этих лиц на территории Российской Федерации вне зависимости от места совершения ими преступления, наступления его общественно опасных последствий.

На такой порядок производства по делу указывают и международные договоры. В частности, в соответствии с Минской конвенцией «О правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам» (1993 г.) правовая помощь может быть оказана путем выполнения процессуальных и иных действий, предусмотренных законодательством запрашиваемой стороны. При исполнении поручений об оказании правовой помощи Российскими правоохранительными органами применяется законодательство Российской Федерации.

Согласно Федеральному закону от 31 мая 2002 года №62-ФЗ «О гражданстве Российской Федерации» иностранными гражданами являются лица, не являющиеся гражданами Российской Федерации и имеющие гражданство (подданство) иностранного государства.

Применение уголовно-процессуального закона в отношении иностранцев и лиц без гражданства обусловлено распространением на них российского уголовного права в случае совершения ими преступления на территории России, а также за пределами этой территории, если преступление направлено против интересов Российской Федерации, либо совершения международного преступления или преступления международного характера, в отношении которых Россия приняла на себя обязательства по универсальной уголовной юрисдикции.

Исключение составляет только особый порядок производства в отношении лиц, обладающих дипломатической неприкосновенностью (иммунитетом) в соответствии с общепризнанными международными правилами и договорами Российской Федерации с зарубежными странами. В соответствии с ч. 4 ст. 11 УК РФ вопрос об уголовной ответственности дипломатических представителей иностранных государств и

иных граждан, которые пользуются иммунитетом, в случае совершения этими лицами преступления на территории Российской Федерации разрешается в соответствии с нормами международного права.

В силу действующих на территории России Конвенции о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций (1946 г.), Венских конвенций о дипломатических сношениях (1961 г.), о консульских сношениях (1963 г.), о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера (1975 г.), Конвенции о правовом статусе, привилегиях и иммунитетах межгосударственных экономических организаций, действующих в определенных областях сотрудничества, многочисленных консульских конвенций и соглашений и Положения о дипломатических и консульских представительствах иностранных государств (1966 г.), лиц, обладающих иммунитетом, нельзя привлечь к уголовной ответственности, подвергнуть задержанию, аресту, допросу и другим следственным действиям.

Постоянные дипломатические представительства включают три категории сотрудников: дипломатический, административно-технический и обслуживающий персонал. Современное дипломатическое право определяет правовое положение каждой из этих категорий.

Привилегии и иммунитеты, предусмотренные для дипломатических и консульских представителей, распространяются и на представителей иностранных государств, на членов парламентских и правительственных делегаций, а также на основе взаимности на сотрудников делегаций иностранных государств, прибывших с официальными поручениями, для участия в межгосударственных переговорах, международных конференциях и совещаниях или с другими официальными поручениями, на представителей и должностных лиц международных и межправительственных организаций. Иммунитет распространяется и на членов семей этих лиц, если они не являются гражданами России.

Исходя из формулировки ст. 3 УПК РФ лица, пользующиеся иммунитетом, не исключаются из сферы действия национального права. Они обязаны соблюдать законы Российской Федерации и могут нести уголовную ответственность за совершение преступления по закону своей страны и на ее территории или, в случае согласия своего правительства, в стране пребывания.

Что касается российских граждан, в отношении которых имеются специальные оговорки в действующем законодательстве, то данные нормы содержатся в главе 52 Уголовно-процессуального кодекса, которая называется «Особенности производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц». В этой главе, в ст. 447, перечислены категории лиц, в отношении которых уголовно-процессуальное за-

конодательство России предусматривает особый порядок возбуждения уголовного дела (ст. 448 УПК), задержания (449 УПК), избрания меры пресечения и производства отдельных следственных действий (ст. 450 УПК) и др.

На основании изложенного можно сделать вывод, что действие уголовно-процессуального закона должно соответствовать конституционным нормам Российской Федерации, например, необходимо искоренять наметившуюся тенденцию расширения круга лиц, пользующихся уголовно-процессуальными иммунитетами; в настоящее время актуально реализовать комплексный подход в разработке теоретических положений и рекомендаций по совершенствованию законодательства Российской Федерации в части регламентации вопросов действия уголовно-процессуального закона по кругу лиц.

Е.Г. Сахарова

Тюменский юридический институт МВД России

КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ ПОКАЗАНИЙ, ПОЛУЧЕННЫХ ПРИ ДОПРОСЕ ПОТЕРПЕВШИХ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ, СВЯЗАННЫМ С ПРИЧИНЕ- НИЕМ ВРЕДА ЗДОРОВЬЮ

Допрос по уголовным делам, связанным с причинением вреда здоровью любой степени тяжести, является одним из основных способов собирания доказательств на первоначальном этапе расследования. Практика показывает, что в большинстве случаев лицо, производящее расследование, может получить необходимую и полную информацию на первоначальном этапе расследования именно при допросе потерпевшего и свидетеля-очевидца, которые обладают наиболее полными сведениями о преступлении. По нашим данным, на первоначальном этапе расследования причинения вреда здоровью только допросы потерпевших проводились по 265 делам (69,7%)¹.

Анализируя показания потерпевших с криминалистической точки зрения, следователь осуществляет общую оценку показаний; определяет соответствие полученных сведений другим доказательствам; выявляет противоречия и оценивает их. Другими словами, целью криминалисти-

ческого анализа является определение, насколько полученные показания полны, достоверны и правдивы.

При оценке показаний потерпевших должны учитываться многочисленные факторы, в том числе особенности формирования этих показаний, условия их воспроизведения. Следует также предвидеть возможность оказания давления на потерпевших со стороны заинтересованных в исходе дела лиц.

В соответствии со ст. 78 УПК РФ потерпевший может быть допрошен о любых обстоятельствах, подлежащих доказыванию по уголовному делу, в том числе о взаимоотношениях с подозреваемым, обвиняемым, а также рассказать о своем субъективном восприятии ситуации преступления. Однако показания потерпевшего должны быть оценены следователем критически. Это объясняется тем, что особое положение потерпевшего как жертвы преступления, а также заинтересованного по делу лица оказывает влияние на восприятие последним события преступления. Кроме того, «показания потерпевшего должны оцениваться наравне со всеми другими собранными по делу доказательствами и не имеют каких-либо преимуществ перед ними»².

Противоречия в показаниях потерпевшего относительно других доказательств, собранных по уголовному делу, а также собственных ранее данных показаний устанавливаются путем анализа ряда факторов. Одна из причин изменения потерпевшим показаний – воздействие на них преступников, их родственников, близких, знакомых, а иногда и родственников потерпевших. Оказание воздействия на потерпевшего может повлечь с его стороны следующие действия, которые также следует учитывать при оценке его показаний: сокрытие совершенного преступления от органов следствия и суда; уничтожение следов преступления или вещественных доказательств; выдвижение ложного алиби; отказ от дачи показаний или умолчание об интересующих орган расследования сведениях; инсценировка причинения повреждений; неявка в правоохранительные органы по вызову.

Показания потерпевшего, а также занятая им позиция в процессе расследования зависят от особенностей его отношений с преступником. По изученным делам в 177 (46,6%) преступлениях потерпевший был связан с преступником родственными отношениями; в 126 (33,2%) делах обвиняемый и потерпевший были знакомы по месту жительства, работе, учебе и при других обстоятельствах; только в 14 случаях (3,6%) познакомились непосредственно перед преступлением или не были вообще знакомы.

Следующий фактор, который следует учитывать при оценке показаний потерпевшего, – это его поведение до преступления и в момент

совершения преступления. Поведение потерпевшего до преступления и непосредственно в момент преступления может быть: а) положительным, заключающимся в защите третьего лица от нападения, в требовании прекращения нарушения или пресечения нарушения; б) негативным, заключающимся в нападении, в оскорблениях, скандалах, издевательствах, ином ненадлежащем поведении; в) нейтральным, т.е. таким, которое не способствовало и не препятствовало преступнику³.

Допрашивая потерпевших и оценивая их показания, следует помнить об особенностях восприятия события в состоянии сильного возбуждения, страха. Преступные воздействия на жертву преступлений, направленных на причинение вреда здоровью, вносят специфические изменения в его личность, своеобразным отражением чего являются психические состояния потерпевших, которые существенным образом влияют на протекание психических процессов и проявления психических свойств личности⁴. Известно, что страх «растягивает» временные промежутки, «увеличивает» размеры орудия нападения, рост преступника, количество нападавших. Быстрое чередование событий снижает возможность запоминания. Поэтому при допросе обязательно выясняются мысли, чувства, восприятие деталей обстановки во время преступления, которые могут быть проверены в дальнейшем⁵.

Анализируются показания потерпевшего не только путем сопоставления полученных показаний, а также путем личного наблюдения за поведением потерпевшего в процессе допроса и при проведении других следственных действий с участием последнего.

Как предлагал еще в 1967 г. А.Р. Ратинов⁶, необходимо исследовать не только соответствие действительности конечных оценок и суждений потерпевшего, но и реальность его чувственной основы, проверяя в необходимых случаях, воспринимал ли он те признаки и свойства, на которых основаны оценки и суждения.

В заключение отметим, что криминалистический анализ показаний способствует более качественному, быстрому и полному расследованию уголовных дел.

¹ В процессе исследования по специально разработанной программе было изучено 380 уголовных дел, возбужденных по статьям 111, 112, 115 УК РФ.

² Комментарий к УПК РФ / под. ред. В.В. Мозякова. М., 2002. С. 197.

³ Ривман Д.В. Виктимологические факторы и профилактика преступлений. Л., 1975. С. 42–43.

⁴ Центров Е.Е. Основы криминалистического учения о потерпевшем: автореф. дисс. ... д.ю.н. М., 1993. С. 10.

⁵ Питерцев С.К., Степанов А.А. Тактические приемы допроса. СПб, 1998.

⁶ Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей. М., 1967. С. 20.

*А.С. Сидоров
И.Е. Смахтин*

*Институт государства и права
Тюменского государственного университета*

ОСОБЕННОСТИ ТАКТИКИ ДОПРОСА В КОН- ФЛИКТНЫХ СЛЕДСТВЕННЫХ СИТУАЦИЯХ

Значимость допроса заключается в том, что производство предварительного следствия по любому уголовному делу не обходится без его проведения. На производство допросов следователи тратят примерно четверть своего рабочего времени, что объясняется высокой информативностью каждого отдельно взятого допроса, его ценностью.

Для проведения допроса, позволяющего получить показания, содержащие наиболее полную и достоверную информацию о событии преступления или связанных с ним лицах, необходимо умелое, построенное на научных основах, применение тактико-криминалистических приемов и рекомендаций. Знания из области криминалистической тактики особенно необходимы практикам для решения сложных поисково-познавательных ситуаций, обусловленных конфликтом интересов.

В условиях конфликта, возникающего, как правило, между следователем и подследственным, в силу своего положения и, зачастую, перспектив уголовной ответственности и наказания за содеянное, подозреваемый или обвиняемый обычно менее других заинтересован в установлении истины по делу, а значит, чаще и решительнее склонен к извращенной интерпретации обстоятельств дела, утаиванию и искажению достоверной информации. Этому способствует и то, что уголовной ответственности за отказ от дачи и за дачу заведомо ложных показаний подозреваемый и обвиняемый не несут. Данные обстоятельства и определяют специфику и необходимость правильного тактического воздействия следователя на подозреваемого и обвиняемого при производстве их допросов.

Несмотря на огромную теоретическую базу, к которой смело можно отнести научные труды О.Я. Баева¹, Р.С. Белкина², А.Н. Васильева³, Г.Г. Доспулова⁴, В.И. Комиссарова⁵, С.К. Питерцева⁶, Н.И. Порубова⁷ и многих других ученых, вопрос об особенностях тактики допроса в конфликтных ситуациях является проблемным.

© Сидоров А.С., Смахтин И.Е., 2010

Рассмотрим некоторые аспекты, которые, на наш взгляд, требуют более осмысленного подхода и отношения.

1. Допрос – сложнейшее следственное действие как с точки зрения уголовно-процессуального законодательства, так и с точки зрения психологии и криминалистической тактики. Допрос подозреваемого и обвиняемого сложен вдвойне, так как в большинстве случаев следователю противостоит человек, не желающий давать показания либо дающий ложные показания и, кроме того, никакой ответственности за это не несущий.

2. Успех применения того или иного тактического приема зависит от многих факторов, но среди которых не последнее место занимает личность допрашиваемого, его эмоциональный, интеллектуальный и культурный уровень. Поэтому на любой стадии допроса обязательно необходимо изучение личности допрашиваемого, так как это является залогом успеха и получения полных и достоверных показаний по делу. Одному человеку бывает достаточно только намекнуть на отдельные, известные следователю обстоятельства совершенного преступления, другой же будет упорствовать и при предъявлении ему всей совокупности имеющихся против него улик, третий готов сказать правду, если будет уверен, что это смягчит его ответственность и т.д. Умение разбираться в психофизической природе улик поведения, их сущности, особенностей проявления помогает следователю успешно решать оперативно-тактические задачи, в частности, избирать правильную тактику допроса.

3. Тактические приемы допроса весьма разнообразны, поскольку в их качестве могут выступать самые разнообразные виды и формы проявления активности следователя. Тактические приемы допроса подозреваемого и обвиняемого обладают специфичностью, вызванной их особым процессуальным статусом и психологической позицией, зачастую ориентированной на сокрытие истинных обстоятельств дела.

4. Следователю необходимо помнить, что изболтать допрашиваемого во лжи возможно путем правильной, своевременной и последовательной формулировки вопросов, системой тщательно подготовленных вопросов, направленных на извлечение информации, на стимулирование свободного рассказа в заданном направлении и объеме, логически подтверждающих совершение обвиняемым действий, в которых он обвиняется.

5. Основной формой допустимого психологического воздействия на обвиняемого является убеждение. При допросе следователь должен доказать обвиняемому бессмысленность, вредность и ошибочность ложных показаний. Он не имеет права оставаться беспристрастным ре-

гистратором любых показаний подозреваемого и обвиняемого. Задача следователя – активно использовать все законные и безупречные в нравственном отношении возможности, достижения криминалистики и юридической психологии, свой профессиональный и жизненный опыт для получения правдивых показаний.

6. Как правило, в большинстве случаев допрос подозреваемого и обвиняемого осуществляется в условиях конфликта. Это связано с тем, что ни один человек, у которого все в порядке с психикой, не хочет оказаться в тюрьме или исправительной колонии. Этим и объясняется трудность для следователя убедить человека давать правдивые показания против самого себя, так как ведь он делать этого не обязан согласно ст. 51 Конституции РФ. Поэтому особенно важно для следователей, иметь четкое представление о криминалистических средствах и методах, умение их использовать.

7. В настоящее время практика применения полиграфа в уголовном судопроизводстве не упорядочена и противоречива. Ученым и законодателю следует обратить внимание на урегулирование данного вопроса, учесть положительный и отрицательный опыт зарубежных коллег, отечественную практику.

Поэтому следователь должен постоянно совершенствовать свой тактический потенциал, изучать разрабатываемые наукой и передовой следственной практикой тактические приемы допроса.

¹ *Баев О.Я.* Тактика следственных действий: учебное пособие. Воронеж: Изд-во МОДЭК, 1995. 411 с.

² *Белкин Р.С.* Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. М.: Норма, 2001. 240 с.

³ *Васильев А.Н., Корнеева Л.Н.* Тактика допроса при расследовании преступлений. М., 1970. 348 с.

⁴ *Доспулов Г.Г.* Психология допроса на предварительном следствии. М.: Юридическая литература, 1976. 112 с.

⁵ *Комиссаров В.И., Комиссарова Я.В.* Полиграф – детектор лжи или правды? // Прокурорская и следственная практика. 2005. №1–2. С. 167–182.

⁶ *Питерцев С.К., Степанов А.А.* Тактика допроса на предварительном следствии и в суде. СПб.: Питер, 2001. 160 с.

⁷ *Порубов Н.И.* Тактика допроса на предварительном следствии: учебное пособие. М.: Изд-во БЕК, 1998. 208 с.

Е.В. Смахтин

*Институт государства и права
Тюменского государственного университета*

КРИМИНАЛИСТИКА В СИСТЕМЕ ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ЦИКЛА: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ

Место криминалистики «в общей системе уголовных наук» и ее влияние на «материальное уголовное право» и «формальное уголовное право» было определено ее родоначальником Гансом Гроссом¹.

Вслед за австрийским ученым его последователи в России также включают криминалистику в число наук, «разрабатывающих отдельные отрасли уголовного права», подчеркивают ее тесную связь с уголовным процессом². В более поздних по времени научных работах уже говорится о необходимости определения «правильных взаимоотношений между науками общего научного цикла» и разграничения их сфер с точки зрения системно-структурного анализа³.

Анализ ряда научных и учебно-методических работ свидетельствует, что в 1920-1950 гг. криминалистика в своем развитии прошла несколько этапов:

- возникновение криминалистики как прикладной технической дисциплины;
- накопление эмпирического материала и формирование основных разделов криминалистики;
- становление криминалистики как самостоятельной науки⁴.

В 70-е гг. прошлого столетия Г.А. Матусовский на монографическом уровне определил место криминалистики в общей системе наук, а в последующем ранее высказанные научные положения уточнил и конкретизировал в диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук⁵.

С сожалением приходится констатировать, что дискуссии о природе криминалистики продолжаются до сих пор. Вместе с тем отметим, что большинство криминалистов положительно оценили труды Г.А. Матусовского, присоединившись к его позиции о том, что криминалистика входит в так называемую систему уголовно-правовых наук⁶.

© Смахтин Е.В., 2010

Проведенное нами исследование криминалистики как элемента единой системы юридических наук уголовно-правового цикла позволило сформулировать ряд научных тезисов, суть которых заключается в следующем.

1. Криминалистика, «родившись в недрах» уголовно-процессуальной науки, обрела свою самостоятельность именно в системе юридических наук уголовно-правового цикла. Находясь в этой системе, криминалистика имеет правовую природу и все признаки науки юридической.

Место криминалистики в системе юридических наук уголовно-правового цикла обусловлено ее сущностью, предметом, методологией, объектами познания; подтверждается развитием научных взглядов на этот вопрос и проведенным нами обобщением практики.

2. Интегративный характер криминалистики не означает возможности необоснованного «вторжения» в предметные сферы других юридических наук уголовно-правового цикла. Необходима дифференциация знаний при изучении общих объектов познания. Таких, например, как преступник, преступление, преступная деятельность.

Попытки комплексного изучения объектов познания уголовно-правовых наук без уточнения предметов ведения не будут отличаться глубиной и системностью изложения полученных результатов.

3. Полагаем, что вопрос дифференциации знаний при изучении общих объектов познания является одним из основных как в криминалистике, так и любой другой отрасли научного знания. Одним из путей его решения является определение критериев для разграничения предмета криминалистики от предметов ведения других юридических наук уголовно-правового цикла. Такими критериями могут, например, являться цель и задача познания.

4. Наибольшее практическое значение в криминалистике имеет научное обоснование перехода от познания материальных и идеальных следов в механизме преступной деятельности к уголовному преследованию и назначению виновным справедливого наказания.

Если этот переход обеспечен, а мы полагаем, что это одна из функций криминалистики, то решаются задачи уголовной политики и уголовного судопроизводства. Если же нет, то многие преступления остаются нераскрытыми, виновные лица не установленными, потерпевшие не защищенными государством. Возможны и другие негативные последствия.

5. Одна из задач криминалистики как науки, в решении которой проявляется ее роль и значение в общей системе юридических наук уголовно-правового цикла – сократить число случаев, по которым уста-

новление следовой информации не произошло по субъективным причинам (отсутствие знаний, опыта, тактические и процессуальные ошибки, нарушения закона и т.п.).

6. Соотношение криминалистики с уголовным и уголовно-процессуальным правом можно определить как соотношение самостоятельных элементов единой системы юридических наук уголовно-правового цикла.

Выявленные нами взаимосвязи отраслей научного знания носят устойчивый и двухсторонний характер.

7. Реализация уголовных правоотношений невозможна вне уголовного судопроизводства, в содержание которого входит не только деятельность уголовно-процессуальная, но и деятельность криминалистическая, что также свидетельствует о взаимосвязи отраслевых наук с криминалистикой.

В ходе криминалистической деятельности, осуществляемой в уголовном судопроизводстве, возникают уголовно-процессуальные отношения. Вместе с тем проведенный анализ показал, что вопросы, относящиеся к деятельности *эксперта-криминалиста*, а тем более *следователя-криминалиста*, лишь отчасти регламентированы Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации, наряду с которым существуют и другие федеральные законы и подзаконные нормативные правовые акты, определяющие и регламентирующие некоторые вопросы в деятельности эксперта-криминалиста и следователя-криминалиста.

8. Криминалистика, пройдя путь от естественнонаучной до юридической дисциплины, имеет специфический предмет и метод регулирования. В настоящее время вполне закономерным будет являться разработка и принятие федерального закона, в котором будут учтены все основные вопросы, связанные с криминалистической деятельностью. Предлагаемый к принятию федеральный закон может быть назван «О криминалистической деятельности в Российской Федерации».

9. С учетом предыдущего тезиса очевидно, что в настоящее время не все криминалистические отношения являются правовыми. Следовательно, круг субъектов криминалистических отношений специфичен.

Естественно, тезисный вариант статьи довольно уязвим для научной дискуссии по рассматриваемым автором проблемам. В связи с этим полагаем необходимым выразить свою готовность к более широкому обсуждению изложенных положений.

¹ Гросс Г. Руководство для судебных следователей как система криминалистики. Новое изд., перепеч. с изд. 1908 г. М.: ЛексЭст, 2002. С. IX-X, XVI.

² См., напр.: *Якимов И.Н.* Криминалистика. Руководство по уголовной технике и тактике. Новое изд., перепеч с изд. 1925 г. М.: ЛексЭст, 2003. С. 5.

³ См., напр.: *Васильев А.Н.* Проблемы методики расследования отдельных видов преступлений. Новое изд., перепеч. с изд. 1978 г. М.: ЛексЭст, 2002. С. 11.

⁴ См., напр.: *Митричев С.П.* Предмет, метод и система советской криминалистики. М., 1956. С.24; Криминалистика. М.: Госюриздат, 1959. С. 5-7; *Курсанов З.И.* Теоретические основы криминалистики: учеб. пособие. М., 1998. С. 27 и некоторые др.

⁵ См., напр.: *Матусовский Г.А.* Криминалистика в системе научных знаний. Харьков: Вища шк. Изд-во при Харьк. ун-те, 1976. 112 с; *Он же* Криминалистика в системе наук и ее межнаучные связи: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1980. 42 с.

⁶ *Матусовский Г.А.* Указ. соч. С. 68.

М.А.Шадрин

Прокуратура Пермского края

ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ НОВЫХ ПОЛОЖЕНИЙ СТ. 108 УПК РФ

В соответствии с изменениями, внесенными в ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ Федеральным законом от 07.04.2010 г. №60-ФЗ, не может быть избрана мера пресечения в виде заключения под стражу в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений, предусмотренных статьями 159, 160 и 165 УК РФ, если эти преступления совершены в сфере предпринимательской деятельности, при отсутствии обстоятельств, предусмотренных п.п. 1–4 ч. 1 ст. 108 УПК РФ.

К сожалению, законодатель не определил признаков, руководствуясь которыми правоприменитель должен отнести то или иное преступление к совершенным в сфере предпринимательской деятельности. Поэтому применение понятия «предпринимательская деятельность», используемого при конструировании нормы ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ, на практике вызывает значительные затруднения. Не представляется ясным, в частности, подпадают ли под понятие «преступления в сфере

© Шадрин М.А., 2010

предпринимательской деятельности» все преступления, совершаемые под видом предпринимательских сделок.

На настоящий момент в Пермском крае имеется следующая практика применения положений ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ (в редакции Федерального закона от 07.04.2010 г. №60-ФЗ).

Постановлением судьи Свердловского районного суда города Перми от 15.05.2010 г. отказано в удовлетворении ходатайства следователя об избрании подозреваемому К. меры пресечения в виде заключения под стражу.

К. подозревается в совершении двух преступлений, предусмотренных ч. 4 ст. 159 УК РФ. Являясь директором общества с ограниченной ответственностью, К. заключил два договора на поставку металлопроката. Изначально, не имея намерения исполнять обязанности по поставке, К. получил денежные средства, распорядился ими по своему усмотрению.

Основаниями для отказа в удовлетворении ходатайства явилось то, что К. совершены преступления, предусмотренные ч. 4 ст. 159 УК РФ, в сфере предпринимательской деятельности (ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ), а также отсутствие сведений о том, что К. скрылся от органов предварительного следствия. При этом судья, отказывая в удовлетворении ходатайства следователя, в постановлении не указал, на каком основании применены положения ч. 1.1 ст. 108 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, а также не дал в полном объеме оценки всем материалам, представленным следователем, подтверждающим тот факт, что К. скрылся от органов предварительного следствия.

Также имеется два судебных решения об избрании и об отказе в избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении граждан С. и Х., совершавших преступления, предусмотренные ст. 159 УК РФ, под видом предпринимательских сделок.

Постановлением судьи Свердловского районного суда г. Перми от 20.04.2010 г. избрана мера пресечения в виде заключения под стражу в отношении гражданина Х. Органами предварительного следствия Х. обвиняется в совершении трех преступлений, предусмотренных ч. 4 ст. 159 УК РФ: в течение 2007 и 2008 гг. он, путем обмана и злоупотребления доверием получил у своих знакомых, а также в кредитном потребительском обществе «Оберегъ» денежные средства на сумму более 10 млн р. якобы для использования в предпринимательской деятельности (в частности, для приобретения коммерческой недвижимости с целью последующего использования или перепродажи). Изначально, не имея намерения вернуть денежные средства, Х. распорядился ими по своему усмотрению.

Кассационным определением Судебной коллегии по уголовным делам Пермского краевого суда от 04.05.2010 г. постановление судьи об избрании Х. меры пресечения в виде заключения под стражу отменено, ходатайство следователя направлено на новое рассмотрение. Суд кассационной инстанции, оценивая законность и обоснованность судебного решения, не рассматривал вопрос о возможности применения ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ в редакции Федерального закона от 07.04.2010 г. №60-ФЗ. Основанием для отмены судебного решения об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу послужило то обстоятельство, что Х. ранее была избрана мера пресечения в виде подписки о невыезде и надлежащем поведении. При этом данных о нарушении указанной меры пресечения органами предварительного следствия суду представлено не было.

Постановлением судьи Березниковского городского суда от 22.04.2010 г. избрана мера пресечения в виде заключения под стражу в отношении гражданина С. Органами предварительного следствия С. подозревается в том, что он совместно с гражданином Д. в период с мая по сентябрь 2009 г. путем обмана и злоупотребления доверием получал от граждан нотариально заверенные доверенности на право распоряжения акциями ОАО «ФСК ЕЭС», ОАО «МРСК Урала», ОАО «ТГК-9», ОАО «ОГК-4». Указанные акции принадлежали гражданам на праве собственности. После этого, используя доверенности, они совершали хищение данных ценных бумаг. С. подозревается в совершении 32 таких преступлений, предусмотренных частями 2 и 3 ст. 159 УК РФ. Общий ущерб всем собственникам акций в результате совершенных преступлений составил 8 666 265 р. 86 коп.

Кассационным определением Судебной коллегии по уголовным делам Пермского краевого суда от 11.05.2010 г. постановление судьи об избрании С. меры пресечения в виде заключения под стражу оставлено без изменения, а кассационная жалоба С. – без удовлетворения. Суд кассационной инстанции, оценивая законность и обоснованность судебного решения, не рассматривал вопрос о возможности применения ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ в редакции Федерального закона от 07.04.2010 г. №60-ФЗ.

При анализе изменений в ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ возникает вопрос об их соответствии Конституции Российской Федерации.

Принадлежащее каждому от рождения право на свободу и личную неприкосновенность, предусмотренное ч. 1 ст. 22 Конституции Российской Федерации, относится к числу основных прав человека. Мера пресечения в виде заключения под стражу представляет собой меру ограничения свободы и личной неприкосновенности.

Конституция Российской Федерации допускает возможность ограничения данного права, но лишь в той мере, в какой это необходимо в определенных ею целях, и лишь в установленном законом порядке. В соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом и 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.

Применительно к лицам, совершившим преступления, предусмотренные статьями 159, 160 и 165 УК РФ, законодатель определил различную степень возможности ограничения прав человека в зависимости от рода деятельности.

Такая дифференциация регулирования прав и свобод человека и гражданина в сущности является нарушением принципа равноправия, закрепленного в ст. 19 Конституции Российской Федерации, поскольку различная степень ограничения прав граждан обусловлена дискриминационным признаком (род деятельности).

Хотя данный признак прямо не закреплен в ст. 19 Конституции Российской Федерации, из содержания Конституции Российской Федерации вытекает, что дискриминация граждан не допускается не только по прямо указанным в ст. 19 Конституции Российской Федерации, но и по другим признакам. Конституция Российской Федерации не ограничивает перечень признаков, по которым исключается любая дискриминация граждан, а, напротив, предполагает его дальнейшую конкретизацию как в законодательстве, так и в правоприменительной практике. Подобная правовая позиция была сформулирована Конституционным Судом РСФСР в Постановлении от 04.02.1992 г. №2-П.

Равноправие граждан не исключает фактических различий между ними и необходимости учета таких различий законодателем. Однако различия в правовом статусе лиц должны быть объективно оправданными, обоснованными и соответствовать конституционно значимым целям и требованиям (такая правовая позиция содержится в Постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации от 03.05.1995 г. №4-П, от 13.06.1996 г. №14-П, от 11.03.1998 г. №8-П, от 27.12.1999 г. №19-П, от 27.04.2001 г. №7-П, от 18.03.2004 г. №6-П, от 15.03.2005 г. №3-П).

Различие в правовом статусе лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, и других граждан, предусмотренные ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ (в редакции Федерального закона от 07.04.2010 г. №60-ФЗ), не обусловлены конституционно значимыми целями и требовани-

ями, предусмотренными ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации. Такая дифференциация правовых статусов лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, и других граждан не обусловлена необходимостью защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Кроме того, положения Конституции Российской Федерации анализируемой нормой нарушаются и потому, что содержат неопределенные критерии ограничения прав граждан. Как уже указывалось выше, законодатель не определяет, что понимать под преступлениями, совершенными в сфере предпринимательской деятельности: законодатель не выделил существенных признаков данного понятия, вследствие чего на практике затруднительно выделить рассматриваемую категорию преступлений из всей массы преступлений в сфере экономической деятельности.

На практике это может привести как к необоснованному расширению данного понятия, так и к ограничительному толкованию этого понятия.

В то же время Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлениях от 15.07.1999 г. №11-П и от 25.04.1995 г. №3-П указал, что неопределенность содержания правовой нормы допускает возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения и неизбежно ведет к произволу, а значит – к нарушению принципов равенства, а также верховенства закона. Критерий определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы вытекает из конституционного принципа равенства всех перед законом и судом (ч. 1 ст. 19 Конституции Российской Федерации), поскольку такое равенство может быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования нормы всеми правоприменителями.

Таким образом, изменения, внесенные в ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ Федеральным законом от 07.04.2010 г. №60-ФЗ по нашему мнению, не соответствуют требованиям ст. 19 и ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации.

VII. МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО

А.М. Коротаева

Пермский государственный университет

ЗАЩИТА ПРАВ РАБОТНИКОВ ПРИ РЕСТРУКТУРИЗАЦИИ ПРЕДПРИЯТИЯ В ПРАВЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Благодаря своим успехам в экономической и социальной сферах Европейский союз продолжает оставаться образцом для подражания. Россия, принимая новые правовые нормы и изменяя существующие, старается учитывать достижения Европейского союза в соответствующих областях, в том числе в области правового регулирования отношений по поводу труда. В настоящее время российский законодатель перенимает преимущественно технические нормы, касающиеся охраны труда. Вполне ожидаемо перенятие и других правовых конструкций, доказавших свою жизнеспособность и эффективность в практике Европейского союза.

Целями предлагаемого доклада являются описание комплекса правовых норм Европейского союза, регулирующих защиту работников в случае реструктуризации предприятия. Основу данного блока составляют три акта вторичного права, посвященные трем случаям реструктуризации предприятия: 1) переход предприятия или бизнеса (их частей) (директива Совета 2001/23/ЕС от 12.03.2001 г. о сближении законодательства государств-членов по вопросу защиты прав работников в случаях перехода предприятий, бизнеса или части предприятия или бизнеса); 2) коллективные увольнения (директива Совета 98/59/ЕС о сближении законодательства государств-членов, касающегося вопросов коллективных увольнений, от 20.07.1998 г.); 3) банкротство работодателя (директива Совета 80/987/ЕЕС о гармонизации законодательства государств-членов о защите работников в случае банкротства их работодателя от 20.10.1980 г., действующая в редакции директивы 2002/74/ЕС).

Основная цель директивы, регулирующей вопросы защиты работников при переходе предприятия, сводится к обеспечению преемственности в трудовых отношениях, существующих в рамках предприятия или бизнеса независимо от смены их владельца. Переход предприя-

тия или бизнеса (их частей) – это переход экономической единицы, сохраняющей свою тождественность как группировки ресурсов, используемых для выполнения своей основной или дополнительной экономической деятельности. Данная формулировка очень «гибкая»; она позволяет охватить множество ситуаций, проводящихся в рамках различных процедур, урегулированных внутригосударственным правом. К сфере действия директивы относится любой переход предприятия или бизнеса (их частей) к другому владельцу, осуществленный в договорном порядке или путем слияния. Имея различные лингвистические трактовки в официальных языках Европейского союза, понятие «договорной порядок» толкуется на практике очень широко. Существенным моментом является то, что переходящее предприятие осуществляет экономическую деятельность; наличие направленности этой экономической деятельности на извлечение прибыли значения не имеет. Директива применяется к экономическим единицам публичного сектора, за исключением случаев перехода властных полномочий. Средством достижения поставленной цели является установление общего правила о том, что переход предприятия или бизнеса (их частей) не является основанием для прекращения трудовых договоров (трудовых отношений) с работниками, а равно основанием для изменения или прекращения действия коллективных договоров; обязанности лица, передающего предприятие или бизнес (их части), и его правопреемника проинформировать представителей работников о переходе предприятия или бизнеса (их частей).

Основной гарантией, предоставляемой директивой, регулирующей вопросы защиты работников в случаях коллективных увольнений, является предоставление работникам права на получение информации и проведение консультаций по вопросам предстоящих увольнений. Устанавливается также обязанность работодателя уведомлять в письменной форме о предполагаемых коллективных увольнениях компетентные национальные органы власти.

Целью директивы, регулирующей защиту работников в случае банкротства работодателя, является обеспечение выплаты заработной платы работникам в случае банкротства работодателя и в иных случаях, когда работодатель не выполняет свои обязательства по выплате заработной платы работникам по причине отсутствия денежных средств. Данная цель обеспечивается путем создания специальных гарантийных фондов, из которых работникам выплачивается не выплаченная работодателем заработная плата. Фонды формируются независимо от показателей экономической деятельности предприятий и не подлежат распределению между остальными кредиторами в рамках процедуры банкротства.

Таким образом, целями, которые ставит перед собой европейский законодатель, вводя нормы о защите работников при реструктуризации

предприятия, являются: 1) ограничение возможности работодателя увольнять работника по причине юридических преобразований, которые не обуславливают экономическую, техническую и иную объективную необходимость прекращения трудовых отношений; 2) представление работнику заранее информации о предстоящих изменениях; 3) смягчение социальных последствий тех негативных воздействий на работника, произошедших в результате мероприятий по реструктуризации предприятия; 4) обеспечение работнику возможностей пользоваться теми правами и гарантиями, которые предоставляет внутригосударственное право в соответствующем случае.

Анализ положений российского законодательства о труде показывает, что оно имеет правовые нормы, схожие по содержанию и уровню предоставляемых гарантий и регулирующие вопросы защиты прав работников в случае коллективных увольнений. В то же время отсутствует аналог нормам, содержащимся в директиве, посвященной вопросам защиты работников в случае банкротства работодателя, а также прямой аналог нормам, содержащимся в директиве о переходе предприятия. В последнем случае нормой, регулирующей схожие ситуации, является ст. 75 Трудового кодекса РФ, устанавливающая общее правило о том, что смена собственника имущества организации, изменение подведомственности (подчиненности) организации, реорганизация организации не являются основанием для расторжения трудовых договоров с работниками по инициативе работодателя. Данная норма не охватывает ситуации, когда осуществляется переход производных от права собственности прав в отношении имущества от одного субъекта права, «ответственного» на момент перехода прав за человеческие ресурсы своего предприятия к другому, не имеющему изначально никакого отношения к этим человеческим ресурсам. Таким образом, российский законодатель смещает основной акцент в сторону изменений в юридической личности работодателя, европейский же законодатель ставит основной акцент на переход прав на экономическую единицу, заглядывая в сущность фактически сложившихся экономических отношений.

Проблемой применения правовых норм Европейского союза по-прежнему остается трудность в их толковании, а следовательно, и применении, в особенности положений директивы, регулиющей вопросы защиты работников при переходе предприятия, поскольку она в меньшей степени отсылает к внутригосударственным правовым понятиям, а сама пытается очертить круг ситуаций, в которых она подлежит применению.

КОНСУЛЬТАТИВНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДА ООН «СООТВЕТСТВИЕ ОДНОСТОРОННЕГО ПРОВОЗГЛАШЕНИЯ НЕЗАВИСИМОСТИ КОСОВО НОРМАМ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА» ОТ 26 ИЮЛЯ 2010 ГОДА №141 И ЕГО ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ

«Соответствует ли одностороннее провозглашение независимости временным институтам самоуправления Косово нормам международного права?». Именно по этому вопросу Генеральная Ассамблея ООН (далее - ГА ООН) в соответствии со ст. 96 Устава ООН и ст. 65 статута Суда просила Международный Суд ООН вынести консультативное заключение. Официальными предпосылками для обращения Генеральной Ассамблеи с такой просьбой в Международный Суд ООН послужили следующие фактические обстоятельства: 17 февраля 2008 г. временные институты самоуправления Косово провозгласили независимость от Сербии, однако этот акт был неоднозначно воспринят членами ООН в плане его соответствия действующим нормам международного правопорядка.

В данном деле вопрос, поставленный Генеральной Ассамблеей перед Судом, был сформулирован предельно четко и конкретно. В нем запрашивалось заключение Суда относительно того, соответствует ли декларация независимости нормам международного права, но не спрашивается о юридических последствиях этой декларации. Нет и вопроса о том, достигло ли Косово государственности. В нем также не спрашивается о действительности или юридических последствиях признания Косово теми государствами, которые признали его в качестве независимого государства. Суд не увидел причин для того, чтобы изменять объем этого вопроса по собственной инициативе, так как для ответа на него не требуется рассматривать, привела ли декларация к созданию государства или каков статус актов о признании.

Однако фактически Суд отвечал уже на скорректированный им самим вопрос, а это, в свою очередь, повлияло и на полученный ответ. Речь идет о том, что Суд исходил из того, что личность авторов декларации независимости была определена Генеральной Ассамблеей, а это

несовместимо, по мнению Суда, с надлежащим осуществлением судебной функции. Правда, сам Суд в таком определении автора декларации увидел связь с действиями республики Сербия, предложившей свою формулировку вопроса повестки дня заседания ГА ООН, а претензий к самой ГА ООН относительно намерения ограничить свободу Суда самому определиться по этому аспекту не выразил.

Суд приходит к выводу о том, авторы декларации независимости от 17 февраля 2008 г. действовали не как один из временных институтов самоуправления в пределах Конституционных рамок, а как лица, совместно выступившие в качестве представителей народа Косово вне рамок временной администрации. Это суждение возникло под влиянием совокупности факторов. Вот некоторые из них:

1. «Скупщина Косово» — один из временных институтов самоуправления, созданных на основании главы 9 Конституционных рамок, и встреча, на которой была принята декларация, была заседанием Скупщины Косово, действовавшей в качестве одного из временных институтов самоуправления в пределах Конституционных рамок, однако декларация независимости должна рассматриваться в более широком ее контексте, с учетом событий, предшествовавших ее принятию, в частности, связанных с так называемым «процессом определения окончательного статуса».

2. Обретение силы декларацией независимости мыслилось теми, кто ее принимал, не внутри правопорядка, который был создан для временного этапа, да оно и не могло произойти внутри него. Наоборот, Суд считает, что авторы декларации не действовали и не намеревались действовать в качестве института, созданного и уполномоченного действовать внутри этого правопорядка, а задались целью принять меру, значимость и последствия которой окажутся вне его.

3. Авторы декларации обещали выполнять международные обязательства Косово, в частности, порожденные для Косово МООНК (декларация независимости, пункт 9) и прямо и торжественно провозгласили, что Косово будет связано по отношению к третьим государствам обязательствами, сформулированными в декларации. В отличие от этого режим Конституционных рамок предусматривал, что все вопросы, касающиеся ведения внешних сношений Косово, являются исключительной прерогативой Специального представителя Генерального секретаря.

4. В подлиннике декларации на албанском языке (только этот текст является аутентичным) нигде не говорится о том, что декларация исходит от Скупщины Косово. Слова «Скупщина Косово» появляются сверху декларации только в английском и французском переводах, содержащихся в досье, которое было представлено от имени Генерального

секретаря. Формулировки, использованные в декларации, отличаются от тех, которые употребляются в актах Скупщины Косово: первый пункт начинается фразой «Мы, демократически избранные руководители нашего народа...», тогда как акты Скупщины Косово составляются в третьем лице единственного числа.

5. Декларация была подписана всеми присутствовавшими при ее принятии, включая Президента Косово, который не являлся членом Скупщины Косово. Вообще же самоидентификация лиц, принявших декларацию независимости, в качестве «демократически избранных руководителей нашего народа» непосредственно предшествует собственному декларации независимости в тексте. Примечательно и то, что декларация не была препровождена Специальному представителю Генерального секретаря для опубликования в «Официальном вестнике».

6. Конституционные рамки уполномочивали Специального представителя контролировать, а в некоторых обстоятельствах - и отменять акты временных институтов самоуправления. Молчание Специального представителя Генерального секретаря при появлении декларации независимости от 17 февраля 2008 г. позволяет предположить, что он не считал декларацию актом временных институтов самоуправления, призванным обрести силу внутри правопорядка, за которым было поручено следить Специальному представителю.

7. То, что в докладе Генерального секретаря о Миссии Организации Объединенных Наций по делам временной администрации в Косово, представленном Совету Безопасности 28 марта 2008 г., говорится, что «Скупщина Косово провела заседание, на котором была принята «декларация о независимости», провозглашающая Косово независимым и суверенным государством», правового значения не имеет, так как это был обычный периодический доклад о деятельности Миссии Организации Объединенных Наций по делам временной администрации в Косово (МООНК), целью которого было проинформировать Совет Безопасности о событиях в Косово; он не был призван дать юридический анализ декларации или того, в каком качестве действовали принимавшие ее лица.

По сути логика Суда такова: «Скупщина Косово» — один из временных институтов самоуправления, и принятием ей декларации независимости было нарушено всё, что только можно (процедура принятия, вольное изложение текста, перечень лиц её подписавших, выход за рамки очерченных полномочий, присвоение себе чужих полномочий, непередача текста для официального опубликования Специальному представителю Генерального секретаря для опубликования в «Официальном вестнике»), а это значит, что авторы декларации ничего не

нарушили, потому что не могли ничего нарушить, так как действовали за рамками международного права. Такие умозаключения Суда вызывают массу вопросов, которые, скорее всего, уже навсегда останутся без ответа.

Отделив авторов декларации независимости от органов временной администрации Косово, созданных по инициативе Совета Безопасности ООН, Суд тем самым фактически снял с органов ООН ответственность за возможное нарушение норм международного права. Международный Суд как один из шести главных органов ООН вряд ли мог поступить по-другому. Очевидность связи деятельности Специального посланника Генерального секретаря ООН по процессу определения будущего статуса Косово г-на Марти Ахтисаари с провозглашением декларации независимости не вызывает сомнений. Специальный посланник ранее выразил свою позицию по вопросу о независимости Косово в докладе от 26 марта 2007 г. (письмо Генерального секретаря от 26 марта 2007 г. на имя Председателя Совета Безопасности, к которому прилагается доклад Специального посланника Генерального секретаря по определению будущего статуса Косово):

«Я твердо убежден в том, что потенциал переговоров с перспективой достижения какого-либо взаимоприемлемого результата в отношении статуса Косово исчерпан. Никакие дополнительные переговоры, каким бы ни был их формат, не позволят выйти из этого тупика. ... Пришло время урегулировать статус Косово. После внимательного изучения современной истории Косово, сегодняшних реалий Косово и с учетом переговоров со сторонами я пришел к выводу, что единственным жизнеспособным вариантом для Косово является независимость под надзором — в течение первоначального периода — международного сообщества».

Показательно то, что Суд счел, что общее международное право не содержит применимого запрета на декларации независимости. Аргумент о том, что запрещение односторонних деклараций независимости подразумевается принципом территориальной целостности (закреплен в п. 4 ст. 2 Устава ООН, в резолюции 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи «Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций», в Заключительном акте Хельсинкского совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (Хельсинкское совещание) от 1 августа 1975 г.), Судом был отвергнут, так как, по его мнению, охват принципа территориальной целостности сводится к сфере межгосударственных отношений. А из практики Совета Безопасности ООН невозможно вывести общий запрет

на односторонние декларации независимости. Поэтому он заключил, что декларация независимости от 17 февраля 2008 г. не нарушила общее международное право.

Безусловно, Суд проверил, не нарушила ли декларация независимости от 17 февраля 2010 г. иные международные обязательства, порожденные резолюциями Совета Безопасности. Суд констатировал, что по косовскому вопросу было принято несколько резолюций Совета Безопасности, в частности резолюции 1160 (1998), 1199 (1998), 1203 (1998) и 1239 (1999) Совета Безопасности, однако Суд посчитал необходимым специально высказываться относительно резолюций Совета Безопасности, принятых до резолюции 1244 (1999), так как они упомянуты во втором пункте ее преамбулы.

Суд отказался принять аргумент о том, что резолюция 1244 (1999) Совета Безопасности содержит запрет на провозглашение независимости, обязательный для авторов декларации независимости, так как такой запрет нельзя вывести и из формулировок резолюции, воспринимаемой в ее контексте и с учетом ее объекта и цели. По мнению Международного Суда, формулировки резолюции 1244 (1999) Совета Безопасности в этом отношении – в лучшем случае неоднозначны. Объект и цель этой резолюции состоят в том, чтобы ввести временную администрацию для Косово, не делая при этом какого-то окончательного определения по вопросам окончательного статуса. В тексте резолюции объясняется, что «основные обязанности международного гражданского присутствия будут включать... организацию и контроль за развитием временных институтов демократического и автономного самоуправления *до достижения политического урегулирования*» (пункт 11(с) резолюции; выделение добавлено Судом).

Словосочетание «политическое урегулирование», по мнению Суда, не меняет этого вывода. Во-первых, ссылка на него дана в связи с перечислением обязанностей международного гражданского присутствия, т. е. Специального представителя Генерального секретаря в Косово и МООНК, а не обязанностей других субъектов. Во-вторых, как это было проиллюстрировано расхождением во мнениях, высказывавшихся Суду, термин «политическое урегулирование» допускает различные толкования. Поэтому Суд заключает, что эту часть резолюции 1244 (1999) Совета Безопасности нельзя трактовать как включающую запрет на провозглашение независимости, обращенный, в частности, к авторам декларации от 17 февраля 2008 г.

Поэтому Суд счел, что резолюция 1244 (1999) Совета Безопасности не препятствовала авторам декларации от 17 февраля 2008 г. выступить с декларацией независимости от Республики Сербия. Следовательно-

но, декларация независимости не нарушила резолюцию 1244 (1999) Совета Безопасности.

Суд также ответил на вопрос о том, нарушены ли декларацией независимости от 17 февраля 2008 г. Конституционные рамки, введенные под эгидой ООН. Суд указал, что гл. 5 Конституционных рамок определяет полномочия временных институтов самоуправления Косово. Рядом государств, участвовавших в разбирательстве в Суде, выдвигался аргумент о том, что промульгирование декларации независимости является актом, выходящим за пределы полномочий временных институтов самоуправления, изложенных в Конституционных рамках. Суд еще раз повторил свой вывод о том, что декларация независимости от 17 февраля 2008 г. не была провозглашена временными институтами самоуправления и не являлась актом, который был призван обрести силу или действительно обрел силу внутри того правопорядка, в котором функционировали эти временные институты. Отсюда следует, что авторы декларации независимости не были связаны теми рамками из полномочий и обязанностей, которые были установлены с целью регламентировать поведение временных институтов самоуправления. Поэтому Суд находит, что декларация независимости не нарушила конституционные рамки.

На основании вышеизложенного Суд посчитал, что принятие декларации независимости от 17 февраля 2008 г. не нарушило общее международное право, резолюцию 1244 (1999) Совета Безопасности или Конституционные рамки. Следовательно, принятие этой декларации не нарушило какую-либо применимую норму международного права. Этот общий вывод позволил Суду сделать три ключевых утверждения.

1) суд единогласно установил, что **обладает юрисдикцией для вынесения запрошенного консультативного заключения;**

2) девятью голосами против пяти постановил **удовлетворить просьбу о консультативном заключении** (за: председатель Овада; судьи аль-Хасауна, Бюргенталь, Зимма, Абраам, Сепульведа-Амор, Кансаду Триндади, Юсуф, Гринвуд; против: Вице-председатель Томка; судьи Корома, Кит, Беннуна, Скотников);

3) десятью голосами против четырех заключает, что **декларация независимости Косово, принятая 17 февраля 2008 г., не нарушила международное право** (за: председатель Овада; судьи аль-Хасауна, Бюргенталь, Зимма, Абраам, Кит, Сепульведа-Амор, Кансаду Триндади, Юсуф, Гринвуд; против: Вице-председатель Томка; судьи Корома, Беннуна, Скотников).

Итак, каковы правовые последствия вынесенного консультативного заключения Международного Суда ООН? Формально консульта-

тивное заключение Международного Суда прямо не создает, не изменяет и не прекращает обязательств субъектов международного права. По своей правовой природе данный документ носит рекомендательный характер, позволяя органу, обратившемуся к Суду за разъяснениями, получить исчерпывающий ответ на свой возникший вопрос. Однако в силу своего авторитета Суд не просто толкует международно-правовые нормы, он фактически определяет направления развития международного права, детализирует его, восполняя пробелы и устраняя коллизии.

Безусловно, данное консультативное заключение сыграет очень важную роль в развитии ряда отраслей и институтов МПП. Особое воздействие оно окажет на группу норм, традиционно относимых к общему международному праву. На мой взгляд, есть все предпосылки определить ряд умозаключений суда как новые правовые обычаи.

Во-первых, провозглашение декларации независимости кем-либо от имени соответствующей этнической группы на определенной территории вполне может рассматриваться в отрыве от, казалось бы, тесно связанных с этим вопросов (о юридических последствиях этой декларации, о достижении этой территорией государственности, о действительности или юридических последствиях признания этой территории теми государствами, которые признали её в качестве независимого государства).

Во-вторых, само по себе провозглашение декларации независимости не нарушает общее международное право.

В-третьих, каждое государство, которое не способно навести конституционный порядок на своей территории и самостоятельно справиться с сепаратистами, не получит от ООН никакой поддержки в процессе соблюдения принципа территориальной целостности, так как данный принцип сводится к сфере межгосударственных отношений и не рассчитан на внутренние, в том числе вооруженные конфликты.

В-четвертых, фактически признано, что статус спорной территории по умолчанию будет определяться этническим большинством на основе свободных демократических выборов, без вмешательства ООН, если сама ООН прямо это не запретит.

В-пятых, государство, номинально обладающее суверенитетом над спорной территорией, последовательно и неизбежно утрачивает все права на нее, если на данной территории будут созданы временные институты самоуправления под эгидой ООН.

В-шестых, переход спорной территории под управление временных институтов самоуправления под эгидой ООН de-facto легитимизирует и любое иностранное военное присутствие, и последствия ино-

странной агрессии в отношении государства, номинально обладающего суверенитетом над данной территорией.

Этими общими выводами, конечно, все правовые последствия не ограничиваются. Консультативное заключение Международного Суда ООН «Соответствие одностороннего провозглашения независимости Косово нормам международного права» от 26 июля 2010 г. №141 неизбежно окажет влияние на все «горячие точки» современного мира. И, конечно, косвенно подтолкнет наиболее радикальные политические движения и организации к сепаратизму, военному решению проблем во внутренних конфликтах и неизбежно к массовому нарушению прав и свобод человека.

Важную роль будет играть данный документ и для уже провозгласивших о своей независимости всё еще непризнанных территорий (например, Приднестровская Молдавская Республика, Нагорный Карабах) и для государств, получивших ограниченное международное признание (Косово, Абхазия, Северная Осетия).

Особое значение имеет указанное консультативное заключение Международного Суда для России. Как известно, позиция России, высказанная в ходе слушаний в Суде, была диаметрально противоположной той, что была принята в итоге Судом. Судья – гражданин России Л.Скотников также голосовал против. По «странному» совпадению судьи Международного Суда ООН голосовали за ту позицию, которая отражает официальный подход к проблеме Косово тех государств, гражданами которых они являются. Не признали Косово Азербайджан (есть проблема Нагорного Карабаха), Китай (Тайвань), Испания («страна Басков» и Каталония), Украина (Крым), Кипр (Северный Кипр), а также Венесуэла, Бразилия, Румыния, Боливия Белоруссия и ряд других стран. Естественно, не признали Косово Сербия, Россия и, невзирая на позицию США, Грузия.

Продолжение рассуждений о справедливости или несправедливости консультативного заключения Международного Суда ООН непродуктивно. Следует сделать правильные выводы. Это не последний судебный процесс, где затрагиваются интересы международного права в целом и России, как последовательного его проводника, в частности.

13-17 сентября 2010 г. в Международном Суде ООН уже прошли слушания по делу Грузия против России. Иск подан Грузией на основе Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации. Грузия утверждает, что, начиная с 1990 г. Россия непосредственно, а также через подконтрольные ей структуры Абхазии и Южной Осетии осуществляет дискриминацию грузинского населения в этих республиках. Примечательно, что 15 октября 2008 Суд вынес решение:

предписав обеим сторонам спора временные меры, которые сводятся к подтверждению их обязательств по указанной Конвенции, восемью голосами (включая итальянского судью, выдвинутого Грузией на должность судьи *ad hoc*) против семи (включая российского судью). Большинство считало, что суд не вправе рассматривать дело, так как не соблюдены правила соответствующей конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации об обязательной досудебной процедуре. Уже сейчас можно делать предположения относительно текста будущего решения, и относительно проблем с его выполнением.

11 августа 2008 г. Грузия начала процесс в Европейском Суде по правам человека (так называемое дело о военных преступлениях в Южной Осетии), призвав суд применить временные меры и обвиняя Россию в нарушении статей 2, 3 и P1-1 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. 12 августа суд призвал обе стороны конфликта к соблюдению Конвенции, особенно статей 2 и 3, 6 февраля 2009 г. Грузия представила суду текст жалобы, в которой потребовала также признать нарушенными Россией статьи 5, 8, 13, P1-2 и P4-2.

Кроме этого, в ЕСПЧ рассматривается жалоба Грузии на Россию, в действиях которой заявитель усмотрел нарушения статей 3, 5, 8, 13, 18, P1-1, P1-2, P4-4, P7-1 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (так называемое дело о массовой депортации из России граждан Грузии в 2006 г.). Суд провел первые слушания по делу 16 апреля 2009 г., а 3 июля 2009 г. решил принять жалобу к рассмотрению, хотя и не единогласно.

Как уже было показано выше, консультативное заключение Международного Суда от 26 июля 2010 г. может сыграть очень важную роль в окончательном оформлении комплекса международно-правовых обычаев, позволяющих этническим меньшинствам, компактно проживающим на определенной территории, провозглашать независимость и добиваться международно-правового признания в качестве суверенного государства. Активные действия США, ряда стран НАТО, направленные на широкое признание Косово, могли бы стать основой для формирования таких международно-правовых обычаев, если бы не странная позиция США и ряда других стран: «Косово – это особый случай». То есть для США признание Косово – исключение из правила, а правило – это сохранение территориальной целостности Грузии и непризнание Абхазии и Северной Осетии. Действия России по признанию Косово могли бы иметь смысл только тогда, если бы все страны, признавшие Косово, пошли на признание Абхазии и Северной Осетии (параллели налицо).

Только тогда действия России по признанию Косова в качестве суверенного государства можно было бы рассматривать как осознанные и отвечающие интересам живого действующего международного права, когда большинство государств легитимизируют сложившуюся практику международных отношений, т.е. признают юридическую обязательность возникшего обычкновения. В противном случае Россия вместе с другими странами вправе объяснять свое признание Абхазии и Южной Осетии другим «особым случаем».

Г.С. Лаптев

Омский государственный университет имени Ф.М. Достоевского

МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРАХ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О ГАРАНТИЯХ ПЕН- СИОННЫХ ПРАВ ГРАЖДАН

Пенсионное обеспечение имеет наибольшее значение среди всех видов социального обеспечения, поскольку с его помощью компенсируются основные социальные риски (наступление старости, инвалидность, потеря кормильца). Право на обеспечение на случай инвалидности, вдовства или наступления старости закреплено во Всеобщей декларации прав человека (ст. 25), а международные стандарты его реализации зафиксированы, в частности, в Конвенции МОТ № 102 «О минимальных нормах социального обеспечения» (ст. 25).

Пенсионные права формируются в течение достаточно длительного периода, поскольку их приобретение предполагает наличие определенной продолжительности трудового или страхового стажа, а также, как правило, связано с обязанностью уплачивать страховые взносы. Период реализации пенсионных прав тоже весьма продолжителен: как указывается в международных документах, пенсионное обеспечение предоставляется в течение всей продолжительности страхового случая (ст. 19 Конвенции № 128 «О пособиях по инвалидности, по старости и по случаю потери кормильца»); пенсия может устанавливаться бессрочно (пенсии по старости) либо на определенный срок (например, пенсия по инвалидности – на период инвалидности, а пенсия по случаю потери

кормильца, назначаемая несовершеннолетним детям, – до достижения ими возраста 18 лет). В связи с этим при переезде пенсионера в другую страну необходимо сохранить приобретенные ранее пенсионные права и обеспечить их реализацию. Достижение этой цели возможно только в рамках межгосударственного сотрудничества.

В России проблема реализации пенсионных прав с учетом требований международных стандартов связана с распадом Союза ССР, очередной волной эмиграции во второй половине 1980 – начале 1990 гг., пенсионными реформами 1990 и 2001 гг. В странах, входивших в состав бывшего СССР, пенсионное законодательство также подверглось реформированию в сторону ужесточения условий пенсионного обеспечения, что с усилением миграционных процессов привело к необходимости межгосударственного регулирования пенсионного обеспечения. В связи с этим государствами, вошедшими в Содружество Независимых Государств, было заключено Соглашение от 13 марта 1992 г. «О гарантиях прав граждан государств-участников Содружества Независимых Государств в области пенсионного обеспечения». В то же время, поскольку в СНГ вступили не все страны, ранее входившие в состав СССР, двухстороннее межгосударственное сотрудничество в области пенсионного обеспечения также получило развитие. За период с 1993 г. по настоящее время Российской Федерацией заключено восемь соглашений по вопросам пенсионного обеспечения с государствами, ранее входившими в состав Союза ССР, а именно с Украиной, Эстонской Республикой, Республикой Молдова, Республикой Казахстан, Грузией, Литовской Республикой, Азербайджанской Республикой.

Указанные соглашения построены по принципу территориальности, основанному на Конвенции МОТ № 118 «О равноправии граждан страны и иностранцев и лиц без гражданства в области социального обеспечения». При «территориальном» подходе граждане подпадают под действие законодательства того государства, на территории которого постоянно проживают, и все расходы, связанные с осуществлением социального обеспечения, несет государство, предоставляющее обеспечение, без взаимных расчетов. Данный принцип оправдывает себя только при заключении соглашений между государствами, находящимися в более или менее равных социально-экономических условиях, либо между государствами, тесно связанными между собой общим историческим прошлым, что характерно для перечисленных стран.

В общем виде данные пенсионные соглашения построены по однотипной схеме, с некоторыми отличиями. Так, действие соглашений

распространяется на все виды пенсионного обеспечения граждан, которые установлены или будут установлены законодательством каждого из государств; пенсионное обеспечение граждан государств-участников и членов их семей осуществляется по законодательству государства, на территории которого они проживают; учитывается трудовой (страховой) стаж, приобретенный по законодательству обоих государств, в том числе и до вступления в силу соглашений; все расходы, связанные с осуществлением пенсионного обеспечения, возлагаются на государство, предоставляющее обеспечение; взаимные расчеты между сторонами не производятся. При переселении пенсионера на постоянное место жительства на территорию другого договаривающегося государства выплата пенсии по прежнему месту жительства прекращается, если пенсия того же вида предусмотрена законодательством государства по новому месту жительства пенсионера; если пенсия такого вида не предусмотрена законодательством государства, куда переселяется гражданин, признаваемый в качестве пенсионера по законам страны своего прежнего места жительства, то пенсионное обеспечение продолжает осуществляться государством, назначившим пенсию.

В целях реализации Конвенции МОТ №118 «О равноправии граждан страны и иностранцев и лиц без гражданства в области социального обеспечения» стороны закрепили нормы о равноправии в области пенсионного обеспечения переселившихся на постоянное место жительства граждан одного государства с гражданами государства, на территорию которого они переехали. Данное положение не предусмотрено только в соглашениях с Эстонской и Литовской Республиками, которые не входят в состав СНГ.

Временное соглашение между Россией и Украиной о гарантиях прав граждан, работавших в районах Крайнего Севера и в местностях, приравненных к районам Крайнего Севера, в области пенсионного обеспечения, основанное на сочетании принципов «территориальности» и «пропорциональности», распространило на граждан государств-участников единые нормы пенсионного обеспечения «северян». Если на территории одного из государств применяются более льготные условия пенсионного обеспечения таких лиц, они должны применяться к гражданам и другого государства-участника, проживающим на территории первого государства. Элемент «пропорциональности» в этом соглашении заключается в том, что Российская Федерация берет на себя возмещение Украине расходов на выплату пенсий в той части, которая соответствует продолжительности трудового стажа, выработанного в райо-

нах Крайнего Севера и местностях, приравненных к районам Крайнего Севера, начиная с 1 января 1991 г. До указанной даты определение общего трудового стажа работы, среднемесячного заработка и размера пенсии производится по законодательству Украины.

Положения двухсторонних соглашений в области пенсионного обеспечения направлены на устранение коллизий в правовом регулировании пенсионного обеспечения применительно к взаимоотношениям договаривающихся государств. Применимое законодательство и распределение расходов на предоставление пенсионного обеспечения относятся к основным правовым коллизиям, которые подлежат урегулированию с помощью межгосударственных соглашений в данной сфере.

Вместе с тем указанные «территориальные» соглашения закрепляют международные стандарты социального обеспечения, фиксируемые на более высоких уровнях международно-правового регулирования, в частности в Конвенциях МОТ № 118 «О равноправии граждан страны и иностранцев и лиц без гражданства в области социального обеспечения» (принцип равноправия граждан договаривающихся государств) и № 157 «Об установлении международной системы сохранения прав в области социального обеспечения» (учет трудового (страхового) стажа, полученного на территориях договаривающихся государств, при назначении пенсий), а также в пересмотренной Европейской социальной хартии (ст. 12). Указанные международные документы Российской Федерацией не ратифицированы, а потому посредством заключения двухсторонних соглашений стороны распространили действие указанных международных стандартов на своих граждан, что позволяет реализовать их пенсионные права с учетом приобретенного в период существования Союза ССР трудового стажа. Гражданам были предоставлены дополнительные гарантии в области пенсионного обеспечения, в том числе и при переезде на постоянное место жительства в другое государство. В то же время ничто не препятствует заинтересованным странам в дальнейшем менять и расширять гарантии прав граждан в области пенсионного обеспечения посредством двухстороннего сотрудничества с учетом реформирования национальных пенсионных систем.

ЦЕНТР ОСНОВНЫХ ИНТЕРЕСОВ ДОЛЖНИКА В РЕГУЛИРОВАНИИ ТРАНСГРАНИЧНОЙ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ: ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Все более актуальными становятся проблемы, связанные с лакуной в российском праве по вопросам регулирования трансграничной несостоятельности, понимаемой в самом общем виде как совокупность правоотношений, возникающих по поводу несостоятельности лица и осложненных при этом иностранным элементом (имеются в виду разная государственная принадлежность кредиторов и должника, нахождение активов должника за рубежом и др.).

Сложности вызывают вопросы признания иностранных банкротств, возможности возбуждения производства по делу о несостоятельности в России в отношении иностранных лиц, проблемы координации производств, возбужденных в отношении одного и того же должника на территориях двух и более государств и др.

Министерство экономического развития Российской Федерации в рамках проекта Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон “О несостоятельности (банкротстве)” и иные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования реабилитационных процедур» (далее – законопроект) предлагает создание правового регулирования трансграничной несостоятельности в России.

Законопроект основывается на концепции модифицированного универсализма (теории основного/дополнительного производства). Суть ее заключается в сочетании двух основных концептуальных направлений регламентации трансграничной несостоятельности – территориальности, основанной на идее нескоординированных территориальных производств, ограниченных территорией государства места возбуждения, и универсализма (или теории единого производства), в самом общем виде основанном на идее единого производства по делу о несостоятельности по принципу «одно право – один суд». Таким образом, модифицированный универсализм предполагает, с одной стороны, возможность возбуждения судом одного государства так называемого основного производства по делу о несостоятельности, регламентируемого од-

ним применимым правом, охватывающего все активы должника независимо от места их нахождения, признаваемого всеми иными государствами, а с другой стороны - возможность возбуждения в определенных случаях дополнительных или вторичных производств по делу о несостоятельности, носящих ликвидационную направленность и ограниченных территорией государства места возбуждения.

Особую значимость имеет вопрос о том, суд какого государства компетентен возбудить основное производство по делу о трансграничной несостоятельности, т.е. вопрос о международной подсудности в деле о трансграничной несостоятельности. Это обусловлено тем, что в силу традиционного применения к данным правоотношениям специальной коллизионной привязки *lex fori concursus*, применение права государства места возбуждения производства, предусмотренной также и в законопроекте, определение международной подсудности по данной категории дел предопределил не только применимое процессуальное и применимое коллизионное право, но и материальное право.

В мировой практике для определения государства, компетентного возбудить основное производство по делу о несостоятельности, наибольшее распространение получил критерий центра основных интересов должника (*center of main interests of the debtor*, известный также как СОМІ-стандарт). Он используется в типовом законе ЮНСИТРАЛ «О трансграничной несостоятельности» 1997 г. (далее – Типовой закон), а также в европейской модели, основанной на Регламенте Европейского союза 1346/2000 от 29 мая 2000 г. о производстве по делам о несостоятельности (далее – Регламент ЕС), где наработана обширная практика применения этого стандарта.

В законопроекте также предлагается использовать данный критерий. Между тем его признаки существенно отличаются от аналогичных, используемых в европейской модели.

Предложенное законопроектом определение центра основных интересов должника основывается на презумпции о том, что указанный центр находится на территории государства места регистрации юридического лица, при этом данная презумпция может опровергаться наличием определенных обстоятельств, свидетельствующих о существенной связи деятельности должника с правопорядком иного государства, нежели государство его регистрации, например, такими, как местонахождение основного имущества должника или основной части его кредиторов, местонахождение его производственных ресурсов, место осуществления основной предпринимательской деятельности, место извлечения основной прибыли – получения основных доходов должника; характер основных обязательств должника, в частности место их воз-

никновения и исполнения; место, в котором осуществляется управление деятельностью должника, в частности, место принятия управленческих решений должником; местонахождение контролирующих должника лиц и др. Можно отметить, что перечень данных обстоятельств достаточно широк и носит неисчерпывающий характер.

Категория центра основных интересов должника, разработанная в европейской модели трансграничной несостоятельности, существенно отличается и основывается на постулате о том, что центр основных интересов должника, определяемый по месту регистрации компании, может смещаться в правовую систему иного государства при двух условиях: 1) если место осуществления управления интересами должника находится в ином, чем инкорпорация государстве и 2) если кредиторам должника это было очевидно. И только в совокупности эти условия изменяют место нахождения центра основных интересов должника (а следовательно, и подсудность основного производства), поскольку только при наличии фактора очевидности для кредиторов последние обладают возможностью оценить свои правовые риски на случай потенциальной несостоятельности их контрагента (должника). Таким образом, признаков, «смещающих» центр основных интересов должника в иную юрисдикцию, нежели стабильное место его регистрации, значительно меньше, и они должны быть известны кредиторам такого должника. В этом видится существенное отличие российского и европейского подходов к решению вопроса о разграничении компетенции государств, возбуждающих основное производство по делу о несостоятельности.

С одной стороны, российский подход можно оценить как положительный, так как он позволит возбуждать производства по делу о несостоятельности в отношении иностранных должников, если их деятельность связана с территорией России. Это позволит удовлетворить и интересы отечественных кредиторов, и публичные интересы государства, в том числе в случае, когда оно также выступает в качестве кредитора. Но, с другой стороны, подход, предлагаемый отечественным законопроектом, минимизирует так называемую «изначальную предсказуемость», являющуюся одной из целей регулирования трансграничной несостоятельности. Суть ее состоит в том, чтобы обеспечить предсказуемость в определении применимого банкротного права на случай возможной несостоятельности лица не только на момент, когда встает вопрос о возбуждении производства по делу о банкротстве, но значительно ранее – на момент вступления в гражданско-правовые отношения потенциальных кредиторов с таким лицом. В условиях существования прокредиторских и продолжниковских систем банкротного законодательства оценка правовых рисков, включающая в себя решение вопроса

о применимом банкротном праве, может существенно повлиять на стоимость кредита для потенциального должника. Таким образом, если кредиторы не смогут четко представлять, какое право будет применимо в случае потенциального банкротства должника, то это существенно повысит стоимость кредита для такого лица. Со всей очевидностью в такую рискованную ситуацию могут попасть все иностранные субъекты, ведущие деятельность на территории РФ, а значит, предлагаемая формулировка центра основных интересов должника может неблагоприятно отразиться и на инвестиционной привлекательности РФ.

Таким образом, формулировка статьи предполагает возможность российских судов «переключать» трансграничные банкротства на российское право. В близкой перспективе это может быть полезным и необходимым, а в более отдаленной перспективе потребовать внесения некоторых корректировок по образцу европейской модели в целях обеспечения изначальной предсказуемости в регулировании трансграничной несостоятельности. Возможно, такие коррективы в применении центра основных интересов внесет судебная практика в случае, если законопроект будет принят.

Л.Ю. Собина

Российская академия правосудия

АВТОМАТИЧЕСКОЕ ПРИЗНАНИЕ ИНОСТРАННЫХ БАНКРОТСТВ

Институт банкротства весьма сложен и задействует все имущество несостоятельного должника. Ситуация усугубляется, когда имущество и кредиторы должника находятся по разную сторону границ, в различных юрисдикциях, по-своему регулирующих вопросы банкротства. Подобные ситуации называются трансграничной несостоятельностью.

В ситуации трансграничной несостоятельности вопрос эффективности удовлетворения требований кредиторов должника с соблюдением принципа их равенства всегда зависит от того, насколько задействованные государства признают иностранные банкротства, т.е. готовы принять и распространить юридические последствия возбуждения, ведения и окончания производства по делу о банкротстве, возникшие на территории иностранного государства, на свою территорию.

© Собина Л.Ю., 2010

В целом, если юрисдикция суда, которой подчиняется должник, определена верно, решения этого суда имеют силу и в других странах, где находятся часть бизнеса, предприятия и (или) имущество должника. Но поскольку этот вопрос решается каждой страной в одностороннем порядке, не все правовые порядки в равной степени готовы признавать иностранные банкротства. В зависимости от возможности признания, необходимости и последствий проведения специальных процедур, в соответствии с классификацией Ф. Вуда, различают два вида (полное непризнание и полное/частичное признание) и четыре степени признания иностранных банкротств (автоматическое признание, ретроактивные процедуры признания, неретроактивные процедуры признания, ограниченное признание).

В настоящее время основной тенденцией формирования режима признания иностранных банкротств является стремление к упрощению или исключению процедур признания посредством установления автоматического признания. Практически все существующие в настоящее время международные инструменты в области трансграничной несостоятельности основываются на принципе автоматического признания иностранных банкротств (Скандинавская конвенция по вопросам банкротства 1933 года; Регламент ЕС «О процедурах несостоятельности» №1346/2000; Унифицированный акт ОХАДА «Об организации коллективных процедур ликвидации» 1998 года; Принципы сотрудничества по делам о банкротстве между странами НАФТА; Принципы и рекомендации Всемирного Банка по созданию эффективной системы несостоятельности и защиты прав кредиторов; Конкордат о трансграничной несостоятельности, подготовленный Комитетом J Секции Коммерческого права Международной Ассоциации Юристов; Договоры Монтевидео по вопросам международного коммерческого права 1889 и 1940 годов и Гаванская Конвенция по вопросам международного частного права 1928 года (Кодекс Бустаманте) – лишь в отношении полномочий управляющих). Из принципа автоматического признания исходит также право Англии, Канады, Германии, Бельгии и некоторых других стран.

При режиме автоматического признания (иначе – немедленное признание, признание *de plano*, признание *ex proprio vigore*) признание происходит без проведения судебных (иных формальных) процедур. По сути, признается универсальность (экстерриториальность) основной процедуры, возбужденной в базовой стране должника (хотя в ряде случаев универсальность подвергается ограничению посредством предоставления возможности открыть неосновное или вспомогательное производство по делу о банкротстве).

Анализ автоматического признания, существующего в Англии, Германии, а также на территориях тех стран, на которые распространяют свое действие Регламент ЕС, Унифицированный акт ОХАДА и Скандинавская конвенция по вопросам банкротства, показывает, что принцип автоматического признания заключается в распространении действия иностранных судебных актов, вынесенных по делам о банкротстве, на территории других государств, с момента их вынесения и без проведения специальных судебных или иных официальных процедур признания. Признание происходит *ipso jure*.

Введение такого режима в России может породить жестокие споры в силу того, что в российском праве традиционным является иной режим – режим непризнания, проводимый через принцип конвенциональной экзекватуры (иностранное банкротство не признается без международного договора) и узко понимаемый принцип взаимности (взаимность требует доказывания).

Автоматическое признание вместе с тем не означает, что иностранные банкротства признаются на безусловной основе, а признающий правопорядок допускает на своей территории действие всех без исключения иностранных банкротств, не предъявляя к ним никаких требований. Определенный заслон из необходимого минимума требований всегда должен оставаться, чтобы не допускать проникновение в правопорядок несправедливых и незаконных актов иностранных государств. Суть режима автоматического признания – не в лишении механизма признания иностранных банкротств условий и оснований такого признания, а в упрощении процедуры признания. Иностранное банкротство, отвечающее определенным требованиям правопорядка или международного акта, должно действовать непосредственно на территории этого правопорядка или стран-участниц международного акта. При этом наличие определенных оснований признания и отсутствие препятствий (оснований отказа) должно презюмироваться с тем, чтобы акты иностранной юстиции, вынесенные в основной процедуре банкротства, действовали непосредственно на территориях иностранных государств, где находятся имущество (и) или кредиторы должника. В таком случае для признания не требуется проведения специального процесса и вынесения специального акта о признании. Акт иностранного суда, вынесенный в основном деле о банкротстве, должен приниматься во внимание и проверяться на соответствие необходимым условиям в каждом конкретном случае тем органом или должностным лицом, которые сталкиваются с необходимостью учета открытия иностранной процедуры банкротства или содержания иностранного судебного акта, вынесенного в таком деле, или в которое обращается ино-

странный управляющий в деле о банкротстве, иностранный кредитор или должник. В таком случае сторона в деле о банкротстве или лица, в нем участвующие, смогут ссылаться непосредственно на иностранные судебные акты, вынесенные в деле о банкротстве или связанные с делом о банкротстве, в суде или ином органе.

Однако в некоторых случаях проведение судебной или иной формальной процедуры все-таки требуется: а) при наличии возражений со стороны местных кредиторов, иных заинтересованных лиц; б) при необходимости принудительного исполнения.

Таким образом, режим автоматического признания позволяет избежать недостатков режима признания, при котором во всех случаях требуется проведение национальных процедур «легализации» иностранного банкротства. Режим автоматического признания позволяет избежать временных потерь, вызываемых необходимостью проведения процедур признания. Вместе с тем национальный правопорядок все же будет защищен возможностью проведения в определенных случаях процедур признания, в которых иностранное банкротство может быть проверено на соответствие устанавливаемым требованиям.

Вместе с тем стоит отметить, что подлинный режим автоматического признания возможен лишь на международно-правовой основе, а это потребует заключения международных договоров или издания актов наднационального регулирования. Страны, в которых действует такой режим, введенный международным актом, имеют немало примеров эффективного действия режима. Например, дела *Eurofood* и *MG Probud Gdynia sp.z.o.o.*, в которых Европейский Суд Справедливости указал, что после того как в одном государстве-члене было открыто основное производство по делу о банкротстве, компетентные органы другого государства-члена, в котором не возбуждено дополнительное производство, обязаны признавать и приводить в исполнение все решения, относящиеся к основному производству, и не могут осуществлять меры принуждения и исполнения в отношении расположенного в этом государстве имущества должника. Еще одним успешным опытом можно считать дело «*Air Afrique*», проведенное на основе Унифицированного акта ОХАДА. В этом деле решение суда, признавшего авиакомпанию *Air Afrique* банкротом, немедленно стало обязательным во всех договаривающихся государствах, где *Air Afrique* имело предприятия, и на территориях этих стран были открыты ликвидационные производства

К ВОПРОСУ О ПРАВОСПОСОБНОСТИ ИНОСТРАННЫХ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

Понятие правосубъектности юридических лиц также, как и лиц физических, раскрывается через категории право- и дееспособности, специфика которых по сравнению с право- и дееспособностью физических лиц заключается в одновременности возникновения и специальном содержании. В соответствии с законодательством и доктриной многих государств сущность понятий право- и дееспособности юридического лица совпадает, потому в законодательстве и практике часто употребляют термин «правоспособность», когда идет речь о гражданской правосубъектности юридического лица¹.

Такой подход объясняется тем, что поскольку относительно юридических лиц эти два понятия практически всегда существуют неразрывно, то наличие правоспособности у организации означает что она владеет также и дееспособностью².

В современной цивилистической науке спорным является вопрос относительно природы правоспособности юридического лица. Правоспособность юридических лиц может быть общей и специальной. Возникает вопрос о том, может ли юридическое лицо иметь такие же права, как и лицо физическое (т.е. иметь общую правоспособность), или его права основываются на цели создания юридического лица, указанной в его учредительных документах (т.е. юридическое лицо имеет специальную правоспособность).

Этот вопрос, как отмечалось выше, является чрезвычайно спорным в теории права, особенно ввиду того, что законодательство разных стран на этот счет не содержит четко определенных положений. В то время, когда одни ученые не видят никаких оснований для сужения свободы деятельности юридических лиц и признают принцип правоспособности общей, другие, считая, что деятельность юридических лиц строится лишь исходя из цели их создания, отстаивают принцип правоспособности специальной.

Характерной особенностью концепции общей правоспособности юридического лица является ее сравнение с правоспособностью физического лица, за исключением тех прав и обязанностей, необходимой предпосылкой которых являются естественные качества человека

(ФРН)³. То есть общая правоспособность предоставляет право юридическому лицу приобретать любые гражданские права и нести гражданские обязанности, за исключением таких, которые может иметь только человек.

Считается, что легализация общей правоспособности была начата первой Директивой Совета ЕЭС 9 марта 1968 г., которая предусматривала ответственность компании перед третьими лицами и за такие действия, которые выходят за пределы предусмотренных уставом целей⁴. И только в случаях, когда контрагент знал или должен был знать, что соглашение является неуставным, общество не отвечает по обязательствам, которые возникли на основании такого соглашения. Заключение неуставных соглашений является лишь основанием для привлечения руководителя к имущественной ответственности, но не влияет на действительность самого соглашения. Действия юридического лица, которые выходят за пределы его правоспособности, рассматриваются как действия директоров, которые осуществили эти действия или дали разрешение на них⁵. И хотя Директива № 1 не упразднила концепцию специальной правоспособности, основной ее недостаток – возможность признания недействительными неуставных соглашений – был отменен⁶.

В Гражданском кодексе Украины для юридических лиц также предусматривается общая правоспособность. В соответствии со ст. 91 Гражданского кодекса Украины юридическое лицо может иметь такие же гражданские права и обязанности, как физическое лицо, кроме тех, которые по своей природе могут принадлежать лишь человеку. Также принцип общей правоспособности закреплен в законодательстве Франции относительно объединений, деятельность которых направлена на получение прибыли, и в законодательстве Англии относительно юридических лиц, созданных специальным актом короля. Однако относительно других юридических лиц применяется специальная правоспособность⁷.

Сторонники концепции специальной правоспособности юридического лица выходят из того, что ее объем ограничивается целями и предметом деятельности юридического лица. На этой концепции была построена правоспособность юридических лиц по Гражданскому кодексу Украины 1963 г.

Специальная правоспособность означает, что юридическое лицо может иметь только те права и обязанности, которые отвечают целям и заданиям его деятельности, и закрепленные в уставе. Если в уставе юридического лица закреплен исчерпывающий перечень возможных видов деятельности, такое юридическое лицо имеет специальную правоспособность, выходить за пределы которой оно не имеет права. Заключенные таким юридическим лицом за пределами его правоспособности сделки являются недействительными.

Следует отметить, что современное гражданское право стран Запада, по сути, отказалось от концепции специальной правоспособности юридического лица. В странах англо-саксонской правовой системы явление специальной правоспособности получило название доктрины «ultra vires».

Относительно правосубъектности иностранных юридических лиц, т.е. она является категорией, которая, с одной стороны, характеризует меру возможного участия иностранных юридических лиц в гражданских правоотношениях в Украине, с другой стороны, является необходимым качеством иностранных юридических лиц, которые рассматриваются в качестве субъектов гражданских правоотношений. Правосубъектность иностранных юридических лиц отличается от правосубъектности национальных юридических лиц. Это отличие обусловлено предоставлением иностранному юридическому лицу прав и обязанностей, закрепленных не только в праве Украины, но и тех прав и обязанностей, которые предоставляются иностранному юридическому лицу правом соответствующего иностранного государства и нормами международных договоров.

Именно поэтому обоснованным представляется вывод о том, что иностранные юридические лица имеют специальную правосубъектность, несмотря на то, что в большинстве своем они осуществляют хозяйственную деятельность на территории Украины, т.е. являются коммерческими организациями. Термин «специальная» в данном случае означает комплекс исключений и ограничений, которые отличают правовой режим деятельности иностранных юридических лиц от режима деятельности украинских юридических лиц.

¹ Федуняк Г.С. Межі здійснення правосуб'єктності юридичними особами України за кордоном (приватно-правовий аспект) // Право України. 2003. №12.

² Цивільне право України: Підручник / Є.О. Харитонов, Н.О. Саніахметова. К.: Істина, 2003. С. 122.

³ Данилькевич Н.И., Федоров О.Н. Международное частное право: учебное пособие. Днепропетровск.: Арт-Пресс, 1999. С. 44.

⁴ Гражданское и торговое право капиталистических государств: учебник. 3 изд., перераб. и доп. / отв. редактор Е.А. Васильев. М., 1993. С. 88.

⁵ Кулагин М.И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо. М., 1987. С. 125.

⁶ Кравчук В.М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. К.: Істина, 2005. С. 77.

⁷ Шимон С.І. Цивільне та торгове право зарубіжних країн: навч. посібник (курс лекцій). К.: КНЕУ, 2004. С. 77–78.

VIII. АНГЛОЯЗЫЧНАЯ СЕКЦИЯ

E.A.Gritsenko

S.V.Polyakova

Perm State University

WIDENING EDUCATION, PROFESSIONAL AND INTERCULTURAL HORIZONS IN LAW, SOCIAL WORK AND ESP

In today's world effective intercultural and professional communication is seen as the basis for deepening the understanding of international practices and for identifying cultural differences through the medium of the English language.

This paper describes the study of an interdisciplinary approach (law and social work) to international academic and professional communication through ESP (English for Specific Purposes). In this context ESP means Legal English and Social Work English.

The study consists of three stages. The first stage covers the development of two special academic courses by educators from Russian and American Universities. The first of these two courses presents material that covers the "system of social work" in the US for use by Russian social work students studying English, an obligatory part of their curriculum.

The second course is a lecture course designed for the students of the International Law Department. The two courses deal with the topics necessary for the comparative analysis of the Russian and American jurisdictions and social work practices.

The second stage of the study involved the designing and completing of a survey to measure the impact of the courses on student learning. Six groups of Russian students (n=75) took the courses and completed the survey (2008-2010). The first part of the survey focused on the importance of the subject matter and concepts covered by the courses. The second part attempted to identify the language challenges that students faced when studying these course materials. The third part of the survey compared the differences in how students responded to the two systems.

The results of the survey demonstrated a high interest in the topics such as spirituality, community organization and empowerment (social

work students) and intellectual property, contract law, ADR and mediation (law students).

The study of the language difficulties identified by the students revealed that most challenges in the course materials were caused by misunderstanding concepts that either do not exist in the Russian legal and social work systems or have not studied enough (e.g. “bill of lading”, “debentures”). Another difficulty was linked to the linguistic aspects of the language, especially understanding the American use of professional concepts and idiomatic expressions used in explaining them.

The final stage of the study involved having the students complete essays and presentations on their understanding of the course materials. These were evaluated on the basis of a Portfolio assessment principle. The best works were published by the Faculty Journal (2009).

The results of the study documented student gains in understanding international practices, identifying cultural differences and overcoming language challenges. In addition the study contributed to the mutual professional development of the educators participating in the research.

M.M. Pino Estrada

THE TELEWORK IN BRAZIL

1. Introduction. The development of the technology of the information and communication brought changes in the form of to work, appearing new forms of work and in the subordination, for instance the telesubordination, parasubordination and para-autonomous work that have a complete relation with the telework. In Latin America exist very interesting projects of law about the telework, showing the thought, the policy and the reality of every country in relation with this theme, reality that needs to be changed for the development of the telework.

2. The concept of telework. The telework gives a new paradigm, doing that the work has to go to the worker and not the worker to the work. Principally, is the physical displacement of the information. The International Labour Organization (ILO) defines the telework as “any job realized in a place far of the offices of the enterprises and far of the workers, but the worker can to have contract with them using technologies of the information”. The European Pact of the Telework of 1995 defines this work as “a new form of organization and management of the work, helping to increase the quality of like of the workers and to develop all the enterprises, improving their ser-

vices, getting many profits with this". In my opinion, defines the telework as "the transmission of the information with the displacement of the worker, being helped with old and new technologies of the information, product of a labour relation (autonomous or subordinated), working in anywhere".

3. Advantages of the telework. The advantages are: a) Increase of the productivity, because it is proven that the teleworker produces more at home than in the company, here in Brazil they are producing till 50% more; b) The physically disabled may work, forgetting the discrimination to search job, because he will work at home; c) The men and women with face burned also may work, showing their professional competitiveness; d) Avoid the displacement of the worker to the job; e) Fewer cars in the streets; f) Less pollution in the air; g) Decrease of the physical space in the company till 30% per cent; h) The majors will not spend money in the building of bridges, tunnels and subways; i) The environment will be protected of its destruction; j) The worker will work in one less stressful environment; k) The companies will work 24 hours per day with teleworkers around the world; l) The teleworker will not be "absent" of the company, because the businessman may control him using the new technologies of the telecommunication; m) In case of natural disaster, the teleworkers may work, the company will not stop; n) The people that live far of the big cities will work among the new technologies of the telecommunication; o) Generation of jobs in the rural areas; p) Reduction of congestion in the big cities; q) Reduction of the environmental pollution; r) Reduction of the traffic accidents; s) Reduction of deaths in the traffic accidents; t) The worker will choose the better place to work.

4. Disadvantages of the telework. The disadvantages are: a) Social isolation; b) Virtual control of the businessman, using the new technologies of the telecommunication; c) Lack of specific legislation; d) Diseases related to the use of the personal computer; e) High dependence of the technology; f) High rejection of the unions; g) Difficulty to meet the workers (Bernard E. Otro modo de trabajar: la revolución del teletrabajo // Trabajo: magazine of the ILO. 1995. № 14).

5. The reality of the telework in Brazil. Brazil has a population of 190 millions, since 2005 till 2008 the middle class grew up in 22 millions, the consumption increased in many areas, the people begun to buy cars, mobile phones and laptops. Brazil is the seventh producer of cars in the world, with 2.917.000 unities for year, provoking congestions in the most important cities, like São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, Fortaleza and Salvador. Brazil has one mobile phone for each brazilian and 40 millions of its population has access to internet, specifically the middle class and the high class. The city of Fortaleza has one slow transit, the cars have the maximum speed of 18 kilometers per hour and in 15 years will be impossible to

put the car in the street by the lack of space, the city will stop if the public policy do not propose solutions to this problem. The city of São Paulo, also has one slow transit, the cars have the maximum speed of 11 kilometer per hour and in 5 year will stop, here the people stays 22 days per year into the bus, now the people breathes per day the equivalent of 2 cigarettes, this is by the pollution. Also it is important to say that in São Paulo born 850 babies per day, but, 870 cars come in the city every day. Rio de Janeiro has the same problem that São Paulo e Fortaleza and will stop in 10 years, Porto Alegre, Belo Horizonte and Salvador will stop in 15 years, but the politics do not say anything about solutions about it, ignoring it, they say that it is matter of the middle and high class and not of the poor people. In all these cities the people has the same problems, it is the waste of time to go to the job, stress, pollution of the buses, noise and smoke in the avenues and street, anxiety to go early and other things, damaging the quality of life, consequently appear the accidents involving cars with deaths (Pino Estrada M.M. Análise Juslaboral do Teletrabalho. Camões, Curitiba, 2008).

6. The Project of law 4505/08 in Brazil of the deputy Luiz Paulo Veloso Lucas. The deputy proposes the next legal text: “Article 1. For the purposes of this Act, means such as telecommuting all forms of work carried out under control of an employer or a client by an employee or self-employed basis and for a share of more than forty percent of the time work in one or more places other than the regular workplace, being used to perform the work activities of telecommunications and computer technologies. Sole Paragraph. Means the place of regular work the firm or any other place where they usually occur in production and or are normally expected results of the exercise profession...”

Article 6. Paragraph one. Due to the nature of control and open day, as a rule, in virtual form, to employees Teleworkers will not be included the right to overtime, the remuneration must adjust to normal working hours” (<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/626255.pdf>).

7. Conclusion. The telework gives more advantages and it is an alternative to improve the quality of life of the workers, but the reality of Brazil in the economical and social aspects stop of the development of this form of work and the Project of law 4505/08 takes out the right to receive remuneration for the overtime when exist technology to control teleworkers working out of the enterprise.

S.V.Polyakova
E.A.Gritsenko
T.E.Loginova
E.M.Frolovich
Perm State University

CONTEMPORARY LEGAL ENGLISH AND LEGAL RUSSIAN: CROSS-CULTURAL AND LANGUAGE DIF- FERENCES

In contemporary business, commerce and law, English has become the operational language of many firms and corporations. Accordingly, business leaders, lawyers and law students should be able to communicate about the legal components of business and commercial issues with the use and understanding of a wide array of cross-cultural aspects of contemporary law.

The aim of this research is to identify the differences in meaning and application between certain legal terms in English and Russian.

The first problematic area focuses on cross-cultural differences in certain concepts in the British, U.S., and Russian legal systems. Many legal concepts are expressed differently in the Legal British and Legal American application of English, e.g. "Competition Law" (British) and "Antitrust Law" (US), whereas, in the Russian legal language, we teach law students that this notion has the same meaning.

Additionally, there are homonyms that might cause certain difficulties in translation. For example, the term "debentures" is used differently in the two systems. A debenture is a debt instrument which may be secured and unsecured in American Legal system, whereas in the UK a debenture is usually a secured debt instrument evidenced by a document under seal and protects the rights of the debenture holder. In the Russian language, this term has several meanings in business, one of them, e.g., being the customs certificate for tax return.

Other challenges in translation from English into Russian arise when there is no equivalent concept in the Russian legal language at all (e.g. "usufruct"), and a detailed description is required.

© Polyakova S.V., Gritsenko E.A., Loginova T.E., Frolovich E.M., 2010

In conclusion, in order to achieve effective and understandable international communications in the realm of business, commerce and law, we should carefully examine the existing differences in the use and application of Legal English and Legal Russian.

O.S. Vagina

Perm state university

THE PROBLEM OF INFLICTION A PENALTY UPON AN UNFINISHED OBJECT OF SHAREHOLDING CON- STRUCTION

Nowadays, shareholding in housing construction is a wide spread and popular sphere of public relationships. A lot of people invest money into housing construction with the purpose of purchasing of flats.

Issue of Federal Law (December, 30, 2004) №214-FL “About shareholding in housing construction of tenement-houses and other objects of real estate and about changes in several laws of the Russian Federation” (further – the Law about shareholding in housing construction, Law) favoured legislative regulation of relations, which are connected with investing money of individuals and entities into housing construction.

This Law establishes guarantees of protection of rights, legal interests and property of the participants of shareholding construction. The Law also contains: the main definitions, which are used in this document (including the definition of “A Contract of shareholding in housing construction”); contents of a contract; ways of guaranteeing of duties’ execution; and others.

However, in practice, participants of shareholding construction could face some difficulties.

For example, it could be the case, when a building company has to stop the construction for some time because of the lack of money or because of company’s bankruptcy. In consequence of this, a tenement-house became an unfinished object of building.

According to the part 10 of article 1 of the Town-planning Code of the Russian Federation, the buildings, constructions, installations and other objects, which construction is not finished, are defined as *the unfinished objects of building (construction)*.

In accordance with articles 130, 131 of the Town-planning Code of the Russian Federation, the rights on the unfinished objects of building are have to be registered by special state organizations.

Under part 5 of article 13 of the Law about shareholding in housing construction, in the situation of inflicting penalty upon the object of mortgage, building company has to register its right of private property on the unfinished object of building.

It is necessary to apply common rules of gaining new objects of real estate in private property conformably to the unfinished object of building. It means that all town-planning and construction legal rules should be kept strictly. Some legal requirements should be implemented (including receiving special documents).

In this connection, there is a question: how could penalty be inflicted upon the unfinished object of building providing that the participant of shareholding construction intends to gain not a whole tenement-house, but only its part (inhabitable premises).

It is necessary to notice, that, according to part 3 of article 16 of Housing Code of the Russian Federation, “a flat – is structurally-isolated premises in tenement-house, which consists of one or several rooms, intended for satisfaction of everyday and other necessities of citizens’ life”. It is doubtful whether premises, which are suitable for living and for satisfaction of everyday necessities, could situate inside the unfinished object of building.

Part 1 of article 13 of the Law about shareholding in housing construction contains the following propositions: plot of land for housing construction could belong to the building company by the right of private property or by the right of lease. And this plot of land is considered to be a mortgage of some participants of shareholding construction from the moment of state registration of a Contract of shareholding in housing construction. The purpose of such mortgage – is to guarantee execution of the obligations.

Moreover, in accordance with part 2 of article 13 of the Law about shareholding in housing construction, after state registration of building company’s private property of unfinished object of building, such unfinished object is considered to be a mortgage of participants of shareholding construction from the moment of the state registration of private property of building company on this object.

In case of bankruptcy, some personal property of insolvent (according to article 131 of the Federal Law (October, 26, 2002) №127-FL “About insolvency (bankruptcy)”) should be included into competitive mass. It means that, when building company has already registered its right of private property of unfinished object of building, in case of insolvency this building company gains the status of a debtor (in accordance with the Law about insolven-

cy) (of course, if only this right of property had not been disputed). Then satisfaction of creditor's (including participants of shareholding construction) demands will take place owing to this property.

In that way, it could be helpful to alter several propositions of the Act on shareholding in housing construction and of the Act on insolvency.

It is necessary to add the specification of inflicting penalty upon unfinished object of shareholding construction, and, in particular, upon the flat (as inhabitable premises in tenement-house).

Научное издание

**ПЕРМСКИЙ КОНГРЕСС
УЧЕНЫХ-ЮРИСТОВ**

Тезисы докладов международной
научно-практической конференции
(г. Пермь, Пермский университет,
22 октября 2010 г.)

Корректор *Н.И. Стрекаловская*
Компьютерная верстка *Н.Ю. Шадрина, В.В. Шадриной*

Подписано в печать 20.10.2010. Формат 60x84¹/₁₆.
Усл. печ. л. 36. Уч.-изд. л. 35.
Тираж 250 экз. Заказ

**Благодарим за участие в организации конференции
пермское отделение общероссийской
общественной организации
«Ассоциация юристов России», ЗАО «ТелекомПлюс»**

Редакционно-издательский отдел
Пермского государственного университета
614990. Пермь, ул. Букирева, 15

Типография Пермского государственного университета
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15